





<36616601330013

Juristische Abhandlungen

aus dem Gebiete

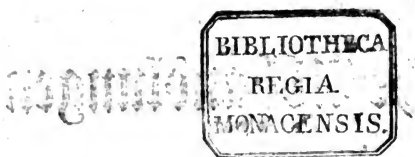
des

heutigen Römischen Rechtes

von

Dr. Alexander August v. Buchholtz,
Professor der Rechte.

Königsberg,
im Verlage der Gebrüder Bornträger.
1833.


BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seiner Excellenz

dem Herrn Freiherrn

von Stein zum Altenstein,

dem Königl. Preuß. wirklichen Geheimen Staats-Minister und Minister für die Geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten, des Schwarzen Adlerordens und mehrerer hoher Orden Ritter u. s. w.

Dem erleuchteten Kenner und Pfleger

der Wissenschaften

widmet

diese Abhandlungen

in tiefster Ehrfurcht

der Verfasser.

Der Verfasser dieser Abhandlungen hat die Freude gehabt, daß bei seinen 1831 erschienenen Versuchen über einzelne Theile des heutigen Römischen Rechtes sowohl die Tendenz des Buches, als die darin enthaltenen Versuche selbst gebilligt sind. Indem der Verfasser den geneigten Leser auf die dortige Vorrede verweist, glaubt er der ausführlichen Darlegung des ihm bei seinen Arbeiten vorschwebenden Zweckes überhoben zu sein, und wünscht seine dort gegebene Zusage auf eine den von ihm gehegten Erwartungen entsprechende Weise gelöst zu haben.

Es schließen sich nämlich die hier erscheinenden Abhandlungen an jene Versuche an. Während die letztern nur Abhandlungen aus dem Gebiete der Lehre von den Sachen und den Rechten daran enthielten, bieten die gegenwärtigen Abhandlungen Versuche aus den übrigen Disciplinen des bürgerlichen Rechts dem geneigten Leser dar. Es sind nur aus den Quellen des Römischen Rechts

geschöpfte Untersuchungen über einzelne Lehren, die theils bei den Verlassenschaften zur Sprache kommen, theils in die Lehre von den Personen in ihrem weitesten Umfange, theils in die Lehre von den Forderungen gehören.

Die einzelnen Abhandlungen sind nemlich der Reihe nach folgende:

I. Worin unterscheiden sich die hereditatis petitio und die (rei) vindicatio? . . . . S. 1

II. In welchen Fällen wird eine Erbschaft transmittirt? . . . . = 27

III. Ueber die noch jetzt geltenden Unterschiede zwischen Cognaten und Agnaten. . . . . . = 96

IV. Haftet der Fiskus über den Vermögens-Betrag Jemandes, der ohne sonstige Erben starb? . . . . = 106

V. Wem ist zur Strafe die testamenti factio entzogen, und Wer heißt intestabilis? . . = 112

VI. Ueber die gesetzlichen Enterbungsursachen der Kinder und der Eltern. . . . . = 128

VII. Ueber die Beschränkung des ius accrescendi bei der testamentarischen Erbfolge. = 149

VIII. Ueber ein Paar Fälle, in welchen der Abzug der Falcidischen Quart wegfällt. . . = 156

IX. Ueber den Begriff eines rechtlichen Geschäftes und eines Vermächtnisses insbesondere. = 160

X. Ueber die Dauer der dotis cautae, sed non numeratae querela und exceptio. = 169

XI. Ueber die Rückforderungsrechte der Frau an ihren Dotalsachen, und über deren Verjährbarkeit. . . . . = 179

XII. Ueber den Widerruf der Schenkungen an die Kinder, wenn ihre Mutter eine zweite Ehe eingegangen ist. . . . . S. 187
XIII. Können Kinder aus einer putativen Ehe für legitime Kinder gelten. . . . . = 191
XIV. Ist der am hundert zwei und achtzigsten Tage Geborne im siebenten Monate geboren? = 199
XV. Ueber die allgemeinen Grundsätze bei der Arrogation. . . . . = 207
XVI. Ueber zwei angebliche Fälle des Verlustes der väterlichen Gewalt. . . . . = 221
XVII. Ueber die Einwilligung des Adoptivkindes zur Emancipation. . . . . = 232
XVIII. Ist bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe die Einwilligung der Kinder nothwendig? . . . . = 242
XIX. Beitrag zu der Lehre von der Veräußerung der Güter Minderjähriger (zur Erklärung der c. 3 C. si maior factus. 5, 74). = 249
XX. Wer erzieht einen Pupillen, und wie endigt die Tutel? . . . . = 262
XXI. Giebt es im Justinianeischen Rechte einen dolus bonus? . . . . = 269
XXII. Ueber die Eintheilung der pacta. . . . = 275
XXIII. Beitrag zu der Lehre von den gesetzlichen Zinsen. . . . . = 290
XXIV. Ueber die Aufhebung der Miethe wegen nöthiger Reparaturen und unvorhergesehener Bedürfnisse des Vermiethers. . . . . = 299
XXV. Ueber die Unterschiede zwischen der Emphyteusis und Superficies. . . . . = 305

XXVI. Ueber den Begriff des possessionis furtum. . . . . S. 323
XXVII. Wem steht die furtiva condictio zu? = 340
XXVIII. Auf was für eine Schuld wird eine bezahlte Summe angerechnet? . . . . = 347
XXIX. Beitrag zur Lehre von der Verjährung der Klagen und Sachen der Kirchen. . . . = 359
XXX. Miscellen. . . . . = 369

Der Verfasser bittet vorzüglich um Berücksichtigung der zweiten, sechsten, vierzehnten, sechszehnten, siebenzehnten und sechs und zwanzigsten Abhandlung, und wiederholt hier seinen einzigen, schon früher geäusserten, Wunsch, soviel als möglich nur die Wahrheit entweder zuerst gefunden, oder vielleicht auch nur wieder ausgesprochen und dadurch die Kenntniß des noch anwendbaren Römischen Rechts gefördert zu haben. Ob und inwieweit ihm Dieses gelungen, mögen eben so Sachkundige, wie namentlich der freundliche ihm unbekannte Recensent der schon erwähnten Versuche in den Erlanger Jahrbüchern, recht bald entscheiden.

Königsberg, im Dezember 1832.

Erste Abhandlung.

Worin unterscheidet sich die hereditatis petitio und die vindicatio.

Es ist etwas sehr Gewöhnliches, in der Darstellung der beiden in der Ueberschrift genannten Klagen, die Grundsätze, welche für die eine gelten, nicht bloß analog, sondern geradezu auf die andere angewendet zu finden[1]). Zur Vertheidigung dieses

1) Auch der große Cujacius ist von diesem Fehler nicht frei. Denn er erklärt sich zu fr. 27. §. ult. D. 6, 1. in Opp. Post. T. IV. p. 31. nach Fabrots Ausgabe dahin, daß er die Bestimmungen der hereditatis petitio analog auf die vindicatio anwende; indem nach seiner Meinung die hereditatis petitio nur drei oder vier (Cuiacii Obss. lib. X. cap. 1.) bei der vindicatio nicht geltende Eigenthümlichkeiten habe. Sie gehe nemlich nur gegen denjenigen, qui pro herede vel pro possessore besitzt; bei ihr kämen auch ihrer Natur nach fructus praeteriti in Betracht (Recitt. in Lib. 20. Pauli ad Ed. zu fr. 26. D. 5, 3 in Opp. post. T. II. p. 278, 279); sie sey eine bonae fidei und eine mixta actio.

Verfahrens kann nur angeführt werden, daß das SCtum Iuventianum, welches ursprünglich allein für die hereditatis petitio eingeführt war, schon von den Römischen Juristen auf die vindicatio angewendet worden ist[2]). Dessen ungeachtet scheinen eben so die Voraussetzungen als die Wirkungen beider Klagen so viele Verschiedenheiten darzubieten, daß man, wo es in den Quellen nicht geradezu gesagt ist, nur mit der größten Behutsamkeit analoge Schlüsse von der einen Klage auf die andere machen kann; wie z. B. daß, nach Analogie des Verfahrens bei der Vindikation[3]), der Richter nach gewonnener hereditatis petitio es auszusprechen hat, daß der siegende Kläger Erbe sey, und daß ihm die Erbschaft gebühre[4]); oder daß, weil bei der vindicatio[5]) nur Früchte, qui honeste percipi potuerunt, restituirt werden sollen[6]), dieselbe Regel auch bei der hereditatis petitio gelten müsse[7]).

---

2) fr. 27. §. 3. De rei vind. 6, 1. Sed et is, qui ante litem contestatam desiit rem possidere, tenetur in rem actione, idque SCto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat; cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci. Vergl. *Cuicaius* zu diesem §. in Recitt. in lib. 6. D. tit. 1. in Opp. post. T. IV. p. 308. ff.

3) fr. 35. §. 1. De rei vind. 6, 1.

4) *Donellus* Commentarii de iure civili lib. XIX. cap. 14.

5) Nur in den Rubriken und bei den Neuern steht der Zusatz rei vindicatio. Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 641. 3. 2. ff.

6) fr. 33. De rei vind. *Cuiacii* Recitt. in lib. VII. Resp. Papin. ad fr. 8. De usuris in Opp. post. T. I. p. 284.

7) *Cuiacius* zu fr. 33. D. 6. 1. in Opp. post. T. IV. p. 319, 320; *Coccei* Ius controversum ad tit. de her. pet. qu. 14.

Die folgenden Blätter sollen einen Versuch enthalten, die verschiedenen Voraussetzungen und Wirkungen beider Klagen, soweit es die Quellen erlauben, hervorzuheben, ohne dabei überall anzugeben, wo die Lehren der Neuern von den reinen Ergebnissen der Quellen abweichen.

Was die Voraussetzungen betrifft, so muß bei der Erbschaftsklage der Kläger den Tod des Erblassers, insofern er nicht notorisch ist [8]), beweisen [9]), und daß er der nächste Erbe des Verstorbenen durch sich selbst, oder durch in seiner Gewalt befindliche Personen [10]), durch Testament oder durch Gesetz [11]) sei. Diese beiden Punkte können möglicher Weise auch vom Vindikanten bewiesen werden müssen, nemlich dann, wann der Vindikant nicht proprio, sondern hereditario nomine klagt. Aber Das bewirkt eine Verschiedenheit, daß der Erbe des zur Vindikation Berechtigten auch der Regel nach die Vindikation anstellen kann; dagegen der Erbe des zur hereditatis petitio Berechtigten der Regel nach nicht die hereditatis petitio anstellen kann [12]), wenn nicht die Erbschaft bereits schon angetreten war.

---

8) Vergl. Glück Commentar Bd. VII S. 493.

9) fr. 19 De A. vel O. H. 29, 2. Qui hereditatem adire .... volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem.

10) fr. 2 De her. pet. 5, 3. Sive suo nomine (Die verschiedenen Lesearten dieser Worte giebt Schulting Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. I p. 90: die Vertheidigung dieser Leseart Cuiacius in Opp. post. T. IV p. 225), sive per se, sive per alios effecti sumus.

11) fr. 1 D. eod. Hereditas ad nos pertinet .... e lege duodecim tabularum, vel ex testamento, quod iure factum est. Vergl. fr. 3 D. eod.

12) Ueber die Ausnahmsfälle, die sogenanten Transmissionen, siehe die nächste Abhandlung.

Solche Gründe, welche es Jemandem unmöglich machen, die hereditatis petitio anzustellen, finden bei der rei vindicatio keine analoge Anwendung, z. B. wenn der gesetzliche Erbe, der vom testamentarischen ein Legat angenommen, später mit der hereditatis petitio auftreten wollte, so kann ihm diese causa cognita verweigert werden [13]. Eben so gehört hierher auch die Einrede: quod praeiudicium hereditati non fiat [14].

Die hereditatis petitio ist eine de universitate proposita actio, die Eigenthumsklage eine singularum rerum petitio [15]. Hierauf beruhen mehrere Verschiedenheiten, welche als bloße Folgesätze aus der Natur einer iuris universitas hervorgehen. So findet die hereditatis petitio auch noch gegen Denjenigen Statt, welcher Erbschaftsschulden eingezogen, ja sogar gegen Jeden, der für veräußerte Erbschaftssachen den Preis [16], oder eine für denselben angeschaffte Sache be-

---

13) fr. 43 De her. pet. 5, 3 Imperator autem Antoninus rescripsit, ei qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse. Maiansius ad XXX Ictorum fragmenta T. II p. 209.

14) fr. 13 De exception. 44, 1. Schultingii Notae ad Digesta ed. Smallenburg. T. VI p. 621; Cuiacii Obss. XX, 35; c. ult. C. de pet. her. 3, 31. Cuiacius zu dieser Stelle in Opp. post. T. V p. 186, 187.

15) fr. 1 pr. De rei vind. 6, 1. Post actiones (Wegen des Pluralis wird Ulpian gegen Accursius vertheidigt von Cujacius Opp. post. T. IV p. 240), quae de universitate propositae sunt, subiicitur actio singularum rerum petitionis; fr. 56 D. eod.

16) fr. 16 §. 1 De her. pet. 5, 3 Sed et is, qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditatis tenetur. Cocceii ius controversum ad tit. de her. pet. qu. VI.

sitzt [17]), oder den Preis noch zu fordern hat [18]); während die Eigenthumsklage auf das Surrogat nicht geht [19]). Daher können sowohl corpora als iura, und namentlich Klagen, Gegenstand der hereditatis petitio sein [20]), während die vindicatio nur auf körperliche Sachen geht [21]). Nur die hereditatis petitio kann daher auf Herausgabe von Sachen gehn, die dem Verstorbenen nur verpfändet oder geliehen, oder bei ihm deponirt waren, oder an denen dem Verstorbenen nur ein Retentionsrecht zustand [22]). Ja selbst Sachen, welche der Besitzer um

---

17) fr. 25 §. 1 D. eod. Vergl. Schulting a. a. O. T. I p. 110.

18) fr. 16 §. 5 D. eod. Julianus ait: sive quis possidens, sive non, vendiderit, petitione hereditatis eum teneri; sive iam pretium recepit, sive petere possit, ut et hic actionibus cedat. Hat der pro herede possessor schon eine Schuld von Tausend eingezogen, so haftet er nicht nothwendig auf diese Tausend, sondern nur auf Tausend in genere, und daß er diese juristisch zu besitzen aufhören kann, davon kann die Rede nicht sein. Donellus Commentarii lib. 19 cap. 12 am Anfange.

19) c. 8 C. si quis alteri. 4, 50 . . . nam in rem de rebus ab eo comparatis, tibi contra eum petitio non competit. c. 6. C. de rei vind. 3, 32. Soldaten, Pupillen und Frauen machen in einigen Fällen eine Ausnahme.

20) fr. 18 §. 2. De her. pet. 5, 3. Placuit universas res hereditatis in hoc iudicium venire, sive iura sive corpora sint. fr. 16 §. 4. D. eod. vergl. dazu Rueckeri Obss. §. VII № 1.

21) fr. 1 §. 1. §. 3. De rei vind. 6, 1; fr. 4 pr. D. comm. div. 10, 3. Vergl. Schulting Theses controversae Decas 30. §. 1.

22) fr. 19 pr. De her. pet. 5, 3. Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet; ut res pignori datae defuncto, vel com-

der Erbschaft willen nicht einmal mit Erbschaftsgeldern angeschafft hat, sind Gegenstände der Erbschaftsklage [23]), ohne aß eine solche analoge Bestimmung bei der Vindikation vorkäme. Ferner wird die hereditatis petitio als eine utilis angestellt gegen Denjenigen, welcher die ganze Erbschaft oder eine Quote derselben gekauft hat, während gegen den Käufer einzelner Erbschaftssachen nur die vindicatio Statt finden kann [24]).

Die Erbschaftsklage kann nur gegen Denjenigen angestellt werden, der titulo pro herede vel pro possessore besitzt [25]), während die vindicatio gegen jeden Besitzer geht, er mag besitzen aus welchem Titel er will, er mag naturaler oder juristischer Besitzer sein [26]).

Derjenige, welcher mit der hereditatis petitio belangt werden soll, kann vor der litis contestatio gezwungen wer-

---

modatae, depositaeve. §. 2 Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem.

23) fr. 20 pr. D. eod. Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt . . . Et si quidem pecunia hereditaria sunt comparata . . . Et si quidem hereditaria sint comparata, sine dubio venient; si vero non pecunia hereditaria, videndum erit: et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur; pretium scilicet restituturo herede.

24) fr. 13 §. 4, 8, 9. D. eod. vergl. mit fr. 25 §. 17. D. eod. und c.2 C. eod. 3, 31. Schulting Theses controversae Decas 17 §. 5.

25) fr. 9, fr. 11 pr. §. 1. (Vergl. Gregorius Maiansius ad XXX Ictorum fragmenta Commentarii T. II p. 219). fr. 13 §. 12. De her. pet. 5, 3. Die Gründe hiefür hat Thibaut Archiv für die civilistische Praxis Bd. VII № 12 nachzuweisen versucht.

26) fr. 9, De rei vind. 6, 1 Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat . . . Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent

den, anzugeben, ob er pro possessore oder pro herede besitzt; ein Vorrecht, welches bei keiner andern Klage Statt findet[27].

Der qui dolo[28]) und der qui culpa[29]) desiit possidere haftet eben so gut der einen als der andern Klage. Aber eigenthümlich ist es der Erbschaft, daß deren Verkäufer stets haftet; wenn er im guten Glauben verkauft hat, weil er das Kaufpretium empfangen[30]), wenn er im bösen Glauben verkauft hat, weil er dolo desiit possidere[31]).

Die hereditatis petitio kann nicht durch den Einwand der longi temporis praescriptio entfernt werden, wohl aber die vindicatio[32]).

---

restituendi facultatem, peti posse. *Ludovici Vitalis* Lectiones variae lib. I cap. 16.

27) Ausdrücklich macht auf diesen Unterschied zwischen einer specialis in rem actio und der hereditatis petitio aufmerksam *Cuiacius* Opp. post. T. V p. 181, 182 in seinen Recitt. zu c. 11 C. de pet. her. 3, 31 Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet, qui dicere cogitur, utrum pro possessore, an pro herede possideat. *Coccei* Ius controversum ad tit. de her. pet. qu. IX und ad tit. de rei vind. qu. VI.

28) fr. 27 §. 3, fr. 36 pr. De rei vind. 6, 1; fr. 25 §. 2 De her. pet. 5, 3.

29) fr. 36 §. 1 De rei vind; fr. 19 §. 2, fr. 25 §. 2 De her. pet.

30) *Fr. Balduinus* de iure novo libro II in der Iurisprud. Rom. et Att. T. I S. 1099.

31) *Donelli* Commentarii iuris civilis lib. 19 cap. 12.

32) c. 4 C. in quib. caus. cessat 7, 34 Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest, verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emto, vel donato, seu alio titulo res, quae ex hereditate sunt, vel fuerunt, possident.

Diese letztere Klage kann nur von Dem, qui non possidet, angestellt werden[33]); hingegen bei der hereditatis petitio kann der Kläger im anerkannten Besitze eines Theiles der Erbschaft schon sein, und doch die Klage noch anstellen dürfen[34]).

Wenn eine Erbschaft, die ich und N zu besitzen das Recht habe, N und Z besitzen, und zwar N nur auf eine so große Quote, als ihm rechtlich gebührt, so würde ich zwar nach strengem Rechte gegen N und gegen Z pro rata klagen müssen; allein hier ist eine schneller zum Ziele führende Meinung des Pegasus angenommen: daß ich nemlich nur gegen Z auf Herausgabe des Ganzen, welches er besitzt, klagen darf[35]). Hin-

---

Vergl. c. 7 C. de pet. her. 3, 31 und *Cuiacius* zu dieser letztern Stelle in Opp. post. T. V p. 178. ff.

33) §. 2 I. de action. 4, 6 . . . in controversiis rerum corporalium . . . is agit, qui non possidet: ei vero, qui possidet, non est actio prodita.

34) So namentlich wenn der Beklagte pro possessore besitzt; oder wenn er pro herede besitzt, und der Kläger nicht für einen heres ex asse, sondern sich, wie ihn, für einen partiarius heres ansieht. Als Regel läßt sich annehmen, daß bei der Erbschaftsklage Jemand auf Sachen klagt, deren Besitz er noch nicht gehabt, hingegen bei der Vindikation auf Sachen, deren Besitz er bereits gehabt, aber verloren hat.

35) fr. 1 §. 3 D. si pars her. 5, 4. Si ego ex parte me dicam heredem, coheres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, cum non plus coheres haberet sua parte: utrum a solo extraneo me petere debere: eumque restituturum, quidquid possidet: et fortassis hoc officio iudicis debeat fieri. Ceterum ratio facit, ut a duobus petam hereditatem, hoc est, et a coherede meo; et ille quoque dirigat actionem adversus exterum possessorem. Sed Pegasi sententia utilior est. Vergl. Napolla der Rechtsgelehrte übersetzt von Griesin-

gegen bei der Eigenthums-Klage gilt das strenge Recht wenigstens noch bei Immobilien. Wenn nemlich die Beiden N und Z *ein* mir und N gehöriges Grundstück getheilt (certis regionibus) besitzen, so muß ich auf den mir zustehenden Theil eben so gut gegen N als gegen Z klagen, und N kann alsdann, insoweit er in seiner Quote verletzt ist, sich an Z durch eine Klage erholen [36]).

Eine sogenannte auctoris laudatio oder nominatio, wie sie bei der Vindikation vorkommt [37]), findet sich bei der hereditatis petitio nicht, und eben so wenig bei dieser Klage ein Analogon dazu, daß die vindicatio wegen des sogenannten dominium quiescens eine Zeitlang von dem früher und später dazu Berechtigten nicht angestellt werden kann [38]).

Was nun die Wirkungen beider Klagen betrifft, so zeigen sich darin folgende Verschiedenheiten, die sich, wie die verschiedenen Voraussetzungen aus dem Gattungscharakter der here-

---

ger Buch 2 §. 99 S. 383 ff; und Schulting Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. I p. 128, 129.

36) fr. 8 De rei vind. 6, 1 Pomponius libro trigesimo sexto probat: si ex aequis partibus fundum mihi secum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse; et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest. Vergl. v. Buchholtz Versuche, Berlin 1831. 8. S. 50, S. 60.

37) fr. 25. fr. 27 De rei vind. 6, 1; c. 2 C. ubi in rem actio 3, 19.

38) c. 1 §. 2 C. de annali except. 7, 40; fr. 42 De usurp. 41, 3.

ditatis petitio als de universitate actio und der vindicatio als specialis actio, größtentheils daraus erklären, daß der Besitz des mit der Erbschaftsklage Belangten auf einem lukrativen und überdieß noch unwirksamen Titel gegründet ist. Hieraus erklärt sich z. B. daß, ungeachtet wir folgende Regel nur vom Beklagten bei der Eigenthumsklage ausgesprochen finden — ist die fruchttragende Sache durch dolus oder culpa des Besitzers zu Grunde gegangen, so muß derselbe die Früchte nicht bloß bis zum Momente des Unterganges der Sache, sondern bis zum Momente der res iudicata ersetzen [39]) — dennoch dieselbe Regel auch bei der hereditatis petitio gelten muß [40]).

Der Besitzer im guten Glauben, welcher vor erhobener Erbschaftsklage eine Erbschaftssache veräußert, und sie nachher wieder an sich gekauft hat, muß nicht bloß diese Sache restituiren, sondern auch die Summe, welche er durch den dafür

---

39) fr. 33 De rei vind. 6, 1. *Cuiacius* Recitt. in lib. 21 Pauli ad Edictum zu dieser Stelle in Opp. post T. II p. 316, 317, will statt si dolo si sine dolo lesen; eine Textescorruption, die bereits *Faber* Coniecturae II, 6 gehörig gewürdigt hat.

40) *Donellus* Commentarii iuris civilis lib. 19 cap. 14 „multo magis pertinet ad hereditatem."

41) fr. 22 De her. pet. 5, 3 „f. Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est; z. B. er hat sie um Hundert verkauft, um Funfzig wieder gekauft, so muß er die Sache selbst und Funfzig restituiren, *Schulting* Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. I p. 108. Hat er die Sache nicht wieder gekauft, sondern mit dem Kaufpreise eine andere Sache sich vielleicht zu theuer angeschafft, so gilt er nur um den wahren Werth dieser Sache für reicher; mag die Sache noch existiren oder bereits consumirt sein. Dies sagt fr. 25 §. 1 D. eod.

erhaltenen Kaufpreis lukrirt hat[41]), was bei der vindicatio nicht der Fall ist[42]).

Hat ein malae fideì possessor aus betrügerischer Absicht den Besitz einer Erbschaftssache aufgegeben, und ist diese ohne sein Verschulden untergegangen, so steht bei der Erbschaftsklage dem Kläger ein Wahlrecht zu, entweder auf den wahren Werth der Sache, oder auf den vom Beklagten für die verkaufte Sache empfangenen, noch so hohen, Preis sammt dessen Zinsen zu klagen[43]); ein Wahlrecht, welches dem Vindicanten nicht zugesprochen wird.

Nach der litis contestatio steht der Besitzer im guten Glauben, der gegründete Ansprüche auf die Erbschaft fortwährend aus guten Gründen zu haben glaubt, nicht durchgängig dem Besitzer im bösen Glauben gleich[44]); namentlich wenn eine Erbschaftssache zufällig untergeht, so haftet der Besitzer im guten Glauben für diesen Zufall nicht, den der praedo

---

42) Wehrn Doctrina... damni praestandi Cap. IV §. 31 p. 214. Hugo Siebentes heutiges Römisches Recht S. 148 Note 1.

43) fr. 36 §. 3 De her. pet. 5, 3. Si praedo dolo desisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura, et si eadem causa possessionis mansisset, quantum ad verba SCti, melior est causa praedonis, quam bonae fidei possessoris: quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adiectum esset, si res interierit. Sed non est dubium, quin non debeat melioris esse conditionis quam bonae fidei possessor. Itaque et si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucretur aliquid praedo. Vergl. die Glosse zu dieser Stelle.

44) *Bynkershoek* Obss. VIII, 12; wiewohl dieses Ulpian in fr. 25 §. 7 De her. pet. 5, 3 zu sagen scheint. Donell Commentarii lib. XX cap. 5.

leisten muß[45]). Ob diese Regel auch für den Besitzer im guten Glauben bei der Eigenthumsklage gilt, steht dahin, da fr. 15 § 3 De rei vind.[46]) durch den Ausdruck moram passo zu verstehen giebt, daß hier von einem gleich anfänglichen Besitzer im bösen Glauben die Rede ist[47]).

Im Falle des Besitzes im bösen Glauben können wir folgendes für beide Klagen verschiedenes Resultat nach geschehener litis contestatio aufstellen. Existiren Erbschaftssachen durch reinen Zufall gar nicht mehr, oder ist ihr Preis verringert, so muß der Besitzer im bösen Glauben den Werth der Sache dem Kläger geben, weil das Gesetz annimmt, der wahre Erbe würde sie dafür verkauft haben[48]). Bei der vindicatio dagegen heißt es: nur in dem Falle, daß etwa der Kläger die Sache,

---

45) fr. 40 pr. De her. pet. 5, 3. Die Worte vergl. unten Note 92. Unter dem praedo wird in dieser Stelle sicher jeder unredliche Besitzer verstanden, wie im §. 2 I. de off. iud. 4, 17. *Cuiacii* Notae ad h. l. und Obss. XXXI, 25; Gesterding Lehre von Eigenthum Greifswald 1817. 8. S. 224 Note 12. Vergl. auch *Brissonius* De. V. S. v. praedo §. 2.

46) fr. 15 §. 3 De rei vind. 6, 1 Si servus petitus, vel aliud animal demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari; nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.

47) Vergl. fr. 24 pr. De usuris 22, 1. — Auch *Cuiacius* in den Opp. post. T. IV p. 280 nimmt hier die Existenz eines malae fidei possessor an, eben so *Pothier* zu dieser Stelle. Vergl. *Schulting* a. a. O. T. I p. 151.

48) fr. 20 §. 21 De her. pet. 5, 3. Diese Stelle scheint zwar, wie aus der Vergleichung mit §. 17 hervorgeht, direkt nur auf die Zeit vor angestellter Klage zu gehn; um so mehr muß aber ihre Bestimmung für die Zeit nach der litis contestatio gelten. Dasselbe gilt auch im Verhältnisse

die durch reinen Zufall untergegangen war, hätte verkaufen wollen, sei der Besitzer im bösen Glauben verpflichtet, den wahren Preis der Sache zu restituiren [49]).

Ueber die Früchte, welche der Besitzer im bösen Glauben aus Verschuldung nicht percipirt hat, gelten nicht vollkommen gleiche Grundsätze [50]). Wahrscheinlich gilt hier folgender Unterschied, den man aus der Vergleichung von fr. 25 §. 4 De her. pet. und fr. 62 §. 1 De rei vind. entnehmen kann. Bei der Erbschaftsklage sind die Besitzer im bösen Glauben verpflichtet, auch die Früchte zu restituiren, quos percipere debuerunt [51]). Dieß läßt sich sicher nicht anders als dahin

---

zwischen Erben uud Legatar fr. 47 §. 6 De legatis I. Vergl. *Ianus a Costa* zum §. 16 J. de legatis.

49) fr. 15 §. 3 De rei vind. 6, 1 s. oben Note 46; fr. 16 pr. D. eod... non enim post litem contestatam utique (d. h. semper *Strauch* lexicon particularum iuris v. utique p. 282.) et fatum (Vergl. *Brencmann* und *Gebauer* in Note 88 zu dieser Stelle) possessor praestare debet.

50) §. 2 I. de off. iud. 4, 17 Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si praedo fuerit. Daß unter praedo hier der Besitzer im bösen Glauben verstanden werden muß (Vergl. oben Note 45), behauptet auch Schrader in seiner Ausgabe des Corpus iuris zu dieser Stelle. Theophilus bemerkt zu diesem Paragraphen: quamobrem autem diximus fere, in libris de iudiciis docebimus. Vielleicht meinte Theophilus die beiden oben genannten Stellen aus der zweiten pars der Digesten. Denn Theophilus hat auch de iudiciis gelesen. Vergl. Hugo in Savigny's Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. Bd. IV S. 276 Note *.

51) fr. 25 §. 4 De her. pet. 5, 3. Sed et fructus, non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestatu-

erklären, daß der Beklagte culpa levissima in abstracto leiste, also für jede unterlassene Thätigkeit hafte[52]). Nicht ganz so strenge scheint der Besitzer im bösen Glauben bei der vindicatio behandelt zu werden. Denn bei ihr heißt es, darauf komme es bei der Taxation an, wieviel der Kläger hätte percipiren können, wenn er im Besitze der fruchttragenden Sache gewesen wäre[53]). Hier ist es Sache des Klägers, den Beweis des ihm entgangenen Vortheiles zu führen; und darin, theils in der schwierigern Beweislast[54]), theils auch darin, daß der Kläger nicht immer den höchst möglichen Gewinn ziehen konnte, liegt auf der einen Seite der Vortheil des Be-

---

ros; c. 2 C. de fructibus 7, 51 spricht nur von der Zeit nach erhobener litis contestatio.

52) Hier gilt der Grundsatz: Vermögen ist Pflicht.

53) fr. 62 §. 1 De rei vind. 6, 1. Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus (Vergl. über diese Leseart *Schulting* Notae ad Digesta T. I p. 173) sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset; quam sententiam Iulianus quoque probat. Vergl. *Cuiacius* zu fr. 33 D. h. t. in Opp. post. T. IV p. 320; fr. 39 §. 1 Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuerit; besonders arg. c. 4 C. unde vi 8, 4. Si de possessione vi deiectus es, eum et lege Iulia vis privatae reum postulare et ad instar interdicti unde vi convenire potes, quo reum causam omnem praestare oportet; in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non tantum quos praedo percepit, venire non ambigitur. *Coccei* Ius controversum ad tit. de rei vind. qu. 13.

54) Schrader in seiner Ausgabe des Corpus iuris versteht auch die im §. 2 I. 4, 17 mit pene angedeutete Verschiedenheit von einem Unterschiede in Ansehung des Beweises für beide Klagen.

klagten; doch kann für ihn diese Verpflichtung auch auf der andern Seite nachtheilig sein, wenn der Kläger seiner Individualität nach im Stande gewesen wäre, einen größern Gewinn als der Beklagte zu ziehen [55]). Wenn nun aber im speciellen Falle kein Nachweis möglich ist, daß der Kläger und der Beklagte es auf eine verschiedene Höhe der Einnahme gebracht haben würden, so kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte verurtheilt wird, die Früchte zu restituiren, die er selbst, oder die der Kläger percipiren konnte [56]).

Ein fernerer Unterschied zeigt sich bei den vor dem Prozeß vom bonae fidei possessor consumirten Früchten (und Zinsen). Bei der Vindikation dürfen diese niemals restituirt werden [57]), bei der Erbschaftsklage allerdings dann, wenn der Besitzer im guten Glauben zur Zeit des Urtheils noch dadurch reicher ist [58]).

---

55) Diese bei der Vindikation geltende Regel findet auch bei andern Specialklagen Statt c. 4 C. unde vi 8, 4. Die Worte stehen in Note 53.

56) Daraus erklärt sich c. 5 C. de rei vind. 3, 32. Domum, quam ex matris successione ad te pertinere, et ab adversa parte iniuria occupatam esse ostendis: Praeses provinciae cum pensionibus, quas percepit aut percipere poterat, et omni causa damni dati restitui iubebit. *Donellus* Commentarii lib. XX. cap. 5.

57) Auf diesen Unterschied wird zu oft und zu deutlich in den Quellen aufmerksam gemacht, als daß er hätte verborgen bleiben können §. 35 I de div. rer. 2, 1; fr. 4 §. 1 D. fin. reg. 10, 1; fr. 25 §. 1 De usuris 22, 1; fr. 48 pr. De adq. rer. dom. 41, 1; fr. 4 §. 19 De usurp. 41, 3; c. 22 C. de rei vind. 3, 32. *Cocceii* Ius controversum ad tit. de rei vind. qu. 8.

58) c. 1 §. 1 C. de pet. her. 3, 31; *Cuiacius* in seinen Recitationes zu dieser Stelle in Opp. post. T. V p. 157 ff. fr. 40 pr., fr. 36 §. 4 D. eod; fr. 34 De usuris 22, 1.

Der Erbe des Besitzers im bösen Glauben, der selbst im guten Glauben Früchte verzehrt, haftet für diese Früchte nie bei der Vindikation, wohl aber bei der Erbschaftsklage, wenn er sich jetzt noch reicher befindet [59]).

Der Beklagte hat wegen Unkosten, die er auf die Hervorbringung von Früchten verwendet hat, nur an den Früchten selbst ein Retentionsrecht. Diese Regel ist allgemeiner Natur [60]). Sie muß daher eben so bei der Eigenthumsklage, als bei der Erbschaftsklage gelten, und wir finden sie auch ausdrücklich bei der letztern Klage angegeben [61]). Jedoch findet bei dieser Klage noch eine Ausnahme von dieser Regel Statt, die aber natürlich, als Ausnahme vom ius commune, strikt zu erklären, und nicht auf andere Klagen analog auszudehnen ist. Wenn nemlich der Besitzer einer Erbschaft im guten Glauben etwas vergebens auf die Hervorbringung von Früchten verwendet, aus denen ohne sein Verschulden nichts geworden ist,

---

59) *Cocceii* Ius controversum ad tit. de her. pet. qu. 20; ad tit. de rei vind. qu. 12.

60) fr. 46 De usuris 22, 1. Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus diminuere debere; c. 1 C. de fructibus 7, 51. Hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest; fr. 7 pr. D. sol. matr. 24, 3. Fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt; fr. 10 §. 20 D. quae in fraud. cred. Ueber die verschiedenen Lesearten in der letzten Stelle vergl. *Schullingii* Notae ad Digesta ed. Smaltenburg T. VI p. 518.

61) fr. 36 §. 5 De her. pet. 5, 3. Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. XX Pauli ad Edictum zu dieser Stelle in Opp. post. T. II pag. 286.

so kann er auch für diesen vergeblichen Aufwand Ersatz verlangen[62]); eine Begünstigung, welche der Besitzer im guten Glauben bei der Vindikation nicht hat[63]). Dagegen bei Unkosten, welche auf die Hauptsache verwendet sind, finden wir nur bei der Eigenthumsklage, nicht auch bei der Erbschaftsklage den Grundsatz ausgesprochen, daß, wenn der Besitzer für den gemachten Aufwand, gleichviel von welcher Art er sey, eine Vergütung verlangt, er nicht schon durch die von der Sache gezogenen Früchte, die ihm bleiben, hinlänglich entschädigt sein muß[64]).

62) fr. 37 D. eod. Quod si sumtum quidem fecit (versteht sich quaerendorum, cogendorum, conservandorumve fructuum vergl. die vorige Note), nihil autem fructuum perceperit, aequissimum erit, rationem horum quoque in bonae fidei possessoribus habere. Der Sinn dieses Fragmentes kann wohl nicht zweifelhaft sein. Allein plausibler scheint die Leseart sumtus (welche die Glosse hat, und die sich auch in den Ausgaben Paris 1527, Venedig 1591 und gewiß auch in vielen andern findet) statt sumtum zu lesen, und alsdann horum auf sumtus zu beziehn, wie dieß auch die Glosse thut. Vergl. *Cuiacius* Obss. X, 1.

63) Westphal Arten der Sachen §. 958 S. 747.

64) fr. 48 De rei vind. 6, 1. Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti, neque ab eo, qui praedium donavit, neque a domino peti possunt; verum exceptione doli posita, per officium iudicis aequitatis ratione servantur: scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione, superfluum sumtum, meliore praedio facto, dominus restituere cogitur; fr. 65 pr. D. eod. Emtor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum reciperavit; scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari,

Bei der Erbschaftsklage finden wir die Regel für den Besitzer im bösen Glauben deutlich genug ausgesprochen, daß er die utiles impensae nur dann wiederfordern könne, wann wirklich die Sache noch jetzt verbessert ist[65]), daß er aber wegen der voluptuariae impensae nur das Recht der Wegnahme habe[66]). Nur dieß Letztere, das Recht der Wegnahme, wird bei utiles impensae dem Besitzer im bösen Glauben bei der Vindikation verstattet[67]). Gestattet der Eigenthümer aber

---

sumtuum in praedium factorum exemplo, aequum est. Zu beiden Stellen vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. II Resp. Papiniani in Opp. post. T. I p. 64 ff.

65) fr. 38 De her. pet. 5, 3. Plane in ceteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputet; praedo autem de se queri potest, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in huius quoque persona haberi rationem impensarum: non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere; et id ipsum officio iudicis continebitur. Nam nec exceptio doli mali desideratur. Plane potest in eo differentia esse, ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducet, licet res non exstet, in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur: praedo autem non aliter, quam si res melior sit. *Cuiacius* Obss. X, 1 und Recitt. in lib. 20 Pauli ad edictum in Opp. post. T. II p. 289.

66) fr. 39 §. 1 D. eod.

67) Andrer Meinung ist *Cuiacius* Obss. 10, 1, der überhaupt die Regeln von der hereditatis petitio auf die vindicatio anwenden will. Man vergl. jedoch die c. 5 C. de rei vind. 3, 32 (... cum malae fidei possessores, eius, quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint. Sin autem utiles: licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre), die sogar *Cuiacius* selbst für seine Ansicht citirt, indem er glaubt, die Bestimmungen von den

die Wegnahme nicht, so muß er sich zum Ersatze der Kosten entschließen [68]).

Der Besitzer im guten Glauben kann bei der Erbschaftsklage für alle, selbst nicht mehr existirende [69]), nützliche oder angenehme Verwendungen Entschädigung fordern [70]). Existiren

necessariae impensae auch auf die voluptuariae anwenden zu können. — fr. 37 §. 1 De rei vind. 6, 1. Si in aliena area aedificassem, cuius bonae fidei quidem emtor fui, verum eo tempore aedificabam, quo iam sciebam alienam (Hier gilt also schon die Regel des canonischen Rechts: mala fides superveniens nocet).... hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domino areae tollat aedificium, quod posuit.

68) fr. 27 §. 5 D. eod. Die Worte s. unten Note 73.

69) Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. 20 Pauli ad Edictum zum fr. 83 De pet. her. in Opp. post. T. II p. 289. Der Grund ist folgender: wenn auch diejenige Erbschaftssache, auf welche der Besitzer Etwas verwendet, zu Grunde gegangen ist, so kann der Beklagte an andern Erbschaftssachen, die er besitzt, sein Retentionsrecht ausüben. Wenn aber bei der Vindikation die geforderte Sache zu Grunde gegangen so fällt die Möglichkeit der Retention fort. Denn gesetzt der Beklagte hat noch andere Sachen in Händen, die derselbe Kläger vindicirt, so sind dieß doch ganz verschiedene Vindikationen.

70) fr. 38 s. Note 65, fr. 39 §. 1 De her. pet. 5, 3. Videamus tamen, ne et ad picturarum quoque et marmorum, et ceterarum voluptariarum rerum impensas aeque proficiat nobis doli exceptio, si modo bonae fidei possessores simus: nam praedoni probe dicetur, non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere; ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possunt. Für die voluptariae impensae behauptet Donellus Commentarii iuris civilis lib. XX cap. 7 gewiß mit Unrecht nach Analogie der rei vindicatio, daß nur in dem Falle die exceptio doli dem Beklagten zu Gute komme, wenn der Kläger dieselben Verwendungen oder den Verkauf der Sache beabsichtigt habe.

2*

also die Verbesserungen nicht mehr, so kann er gar nichts fordern. Auch muß der Verwender, wenn der Eigenthümer will, mit der Erstattung von dem Werthe desjenigen zufrieden sein, was dem Verwender, es versteht sich jedoch nur ohne Beschädigung der Hauptsache, mitzunehmen erlaubt war [71]), und der Verwender muß daher dem Eigenthümer die Verwendungen umsonst überlassen, wenn sie getrennt für ihn keinen Werth mehr haben sollten [72]). Eben so wenig kann er dann etwas fordern, wenn der Eigenthümer die verbesserte Sache nicht verkäuflich hat [73]), oder wenn derselbe nicht gleiche Verwen-

---

71) fr. 38 D. eod. In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut consevisti, (Flor. conseruisti), deinde evincitur; bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum, quod impensum est. Finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus, sepulcris carendum habeat: sufficit tibi, permitti tollere ex his rebus, quae possis: dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est: si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. Finge eam esse personam domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus eo deducto, tu condemnandus es. Vergl fr. 25 De pign. act. 13, 7 und *Cuiacius* in seinen Recitt. zu fr. 27 §. 5 D. 6, 1 in Opp. post. T. IV p. 314 f.

72) fr. 38 cit. Vergl. die vorige Note.

73) fr. 27 §. 5 i. f. D. eod. Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum Proculus existimat (vergl. Note 70[a]); quia neque carere servo meo debeam, nec potest remedium idem adhibere, quod in area diximus: Vergl. Gregorii Maiansii ad XXX

dungen gemacht hätte[74]), was namentlich dann gewiß ist, wenn der Besitzer bereits im Zweifel, ob er Eigenthümer sey oder nicht, bei dem jetzigen Vindikanten angefragt, ob er ihm seinen Aufwand ersetzen wolle, dieser die Frage verneint, und der Besitzer dennoch den Aufwand zu machen nicht unterlassen hat[75]).

Die Exekution geschieht bei der Vindikation manu militari[76]); was bei der Erbschaftsklage nicht der Fall gewesen zu sein scheint.

Wenn nun gleich die bisher aufgezählten Unterschiede sich insgesammt aus den Quellen vertheidigen lassen, so müssen nun noch einige Unterschiede, welche hin und wieder aber mit Unrecht aufgestellt sind, abgewiesen werden.

Man hat zwar stets die vindicatio zu den in rem actiones gezählt, allein nicht immer dieß bei der hereditatis pe-

---

ICtorum fragmenta T. I p. 376; fr. 28. D. eod. Forte quod pictorem aut librarium docueris, dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse: fr. 29 nisi si venalem eum habeas, et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium. *Cuiacii* Obss. 9, 38; und *Radulphi Fornerii* Res quotidianae I, 21 in Ottos Thesaurus T. II p. 149.

74) Vergl. Note 71.

75) fr. 30 De rei vind 6, 1 Si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio. *Cuiacius* Recitt. in Dig. ad fr. 28 D. h. t. in Opp. T. IV p. 317.

76) fr. 68 De rei vind. 6, 1. Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse se (So liest *Bynkershoek* Obss. III, 14 durch Gemination) restituere, si quidem habeat rem, manu militari, officio iudicis, ab eo possessio transfertur. Vergl. *Cuiacius* zu dieser Stelle in Opp. post. T. IV p. 355 ff; *Maiansius* Comm. ad XXX ICtorum fragmenta T. II p. 336 erklärt officio iudicis durch officialibus iudicis. Vergl. noch *Schultingii* Notae ad Digesta T. I p. 176.

titio behauptet, ungeachtet dieß doch Ulpian [77]) und Paulus [78]) deutlich genug aussagen; sondern verleitet durch const. 7 C. de pet. her. 3, 31 sie zu einer mixta [79]), ja sogar zu einer personalis actio [80]) machen wollen. Daß aber diese Klage keine mixta actio sey, hat v. Löhr [81]), und daß es überhaupt keine mixtae actiones in dem Sinne giebt, daß sie zugleich in rem und in personam sind, hat neuerlich Cropp [82]), wie es scheint, genügend bewiesen. Die Verwerflichkeit der Ansicht aber, daß die hereditatis petitio eine persönliche

---

77) fr. 25 §. 18 De her. pet. 5, 3. Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, u. s. w.

78) fr. 27 §. 3 De rei vind. 6, 1 ... in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est.

79) Vergl. z. B. *Lauterbach* Compendium iuris p. 112; *Cuiacius* Recitt. in lib. 8 Dig. Iuliani zu fr. 7 D. si pars hered. in Opp. post. T. III p. 44 und Obss. X, 1; Köchy Commentar zu den Pandekten Bd. II §. 564 № 4. Derselbe zählt (ebendaselbst № 3) die Erbschaftsklage wegen fr. 10 §. 1 De her. pet. 5, 3 zu den arbitrariae actiones. Allein dieser Beweisgrund scheint vollkommen unhaltbar zu sein. Sie gehört zu den bonae fidei iudiciis im engern Sinne. Vergl. §. 25 I. de act. 4, 6; c. 12 §. 3 C. de pet. her. 3, 31; *Cuiacius* in seinen Recitt. in lib. IV Dig. Iuliani zu fr. 20 §. 1 De her. pet. in Opp. post. T. III p. 33; in seinen Obss. X, 1 stellt er sie auch in dieser Beziehung der vindicatio, als arbitraria actio, entgegen.

80) Roßhirt im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 9 S. 32 f.

81) In seinem und Grolmans Magazin Bd. IV S. 17 ff. Schon früher haben ähnliche Beweise geführt *Cocceii* Ius controversum ad tit. de her. pet. qu. 2 und *Braun* Observationum de hereditatis petitione eiusque recta indole specimen Zizae 1810. 4. §. 3.

82) In seinen und Heises juristischen Abhandlungen. Erster Band Hamburg 1827. 8. № IX §. 3 ff. S. 131 ff.

Klage sein solle, nachzuweisen, scheint vollkommen überflüssig [83]).

Was die Dauer der Klage betrifft, so hat man zwar niemals die dreißigjährige Dauer der vindicatio geleugnet, wohl aber die Dauer der Erbschaftsklage ungebührlich auf neunzig oder gar auf hundert und zwanzig Jahre in bestimmten Fällen ausgedehnt. Allein die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist schon längst erkannt [84]). Dagegen kann man, wenn man nach Aehnlichkeiten hascht, folgende in Beziehung auf die Dauer der Klagen auffinden. Sowohl bei der Verfolgung der Erbschaft als des Eigenthums giebt es Fälle, in denen die Klage auf fünf Jahre beschränkt ist. Bei der Erbschaft ist dieß, wenn man mit der inofficiosi querela klagt, der Fall [85]), bei der vindicatio, wenn der Volljährige eine ohne obrigkeitliches Dekret während seiner Minderjährigkeit geschehene onerose Veräußerung rückgängig machen will [86]).

Die Caution, welche Alfenus in fr. 57 De rei vind. 6, 1 [87]) bei der Eigenthumsklage fordert, soll von der Cau-

---

83) Vergl. *Muehlenbruch* Doctrina Pandectarum T. III §. 705 Note 1.

84) *Cocceii* ius controversum ad tit. de her. pet. qu. 22; *Koch* Successio ab intestato Ed. VIII §. 129.

85) fr. 8 §. 17, fr. 9 De inoff. test. 5, 2; c. 16, c. 34, c. 36 §. 2 C. eod. 3, 28.

86) Vergl. unten Abhandlung № 19.

87) Is, a quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conventus est. Quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset, et postea secundum alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret? Respondi: uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret, vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare.

tion, welche Neratius in fr. 57 De her. pet. 5, 3[88]) bei der Erbschaftsklage fordert, nach der Ansicht von Brenkmann[89]) verschieden sein; allein die Identität dieser geforderten Sicherheitsleistungen hat Hofacker[90]) genügend dargethan[91]).

Es scheint unter den ältern Römischen Juristen eine Verschiedenheit der Grundsätze bei der Erbschaftsklage und bei der Eigenthumsklage in dem Falle gegolten zu haben, wenn nach der litis contestatio die zu restituirenden Sachen untergegangen sind[92]).

---

88) Cum idem eandem hereditatem adversus duos defendit, et secundum alterum ex his iudicatum est, quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset; si mox et secundum alium fuerit iudicatum, absolvatur is, cum quo actum est, quia neque possideat, neque dolo malo fecerit, quo minus possideret, quod iudicio revictus restituerit: an quia possit et secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat, quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendit? Sed melius est officio iudicis, cautione vel satisdatione victo mederi; cum et res salva sit ei, qui in executione tardior venit adversus priorem victorem.

89) Diatribe de Eurematicis Lugd. Batavor. 1711. 8. cap. XII §. 5 p. 254.

90) Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL Digestorum supersunt. Tubingae. 1775. p. 108. — Vergl. noch *Cuiacius* Recitt. in fr. 57 D. 6, 1, in Opp. post. T. IV p. 342.

91) Glück Commentar Bd. 8 S. 226, 227 Note 56.

92) fr. 40 pr. De her. pet. 5, 3 Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est; ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est: quid enim si post litem contestatam

Schrader[93]) behauptet, daß, während bei der Erbschaftsklage fructuum fructus[94]) und partuum partus[95]) restituirt werden müssen, bei der Vindikation die Pflicht zur Restitution bei der ersten Generation stehen bliebe[96]). Jedoch diese Meinung ist zu verwerfen[97]). Nur das ließe sich be-

---

mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus actionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. Vergl. fr. 15 §. 3 De rei vind. 6, 1 und Dirksen Beiträge S. 90 und 91. Aus der Vergleichung jener beiden Stellen möchte man vielleicht folgendes Resultat zu ziehn geneigt sein. Ein malae fidei possessor haftet bei der hereditatis petitio stets für den Zufall nach der litis contestatio; bei der rei vindicatio in derselben Zeit nur für den Zufall, welcher, wenn die Sache augenblicklich restituirt wäre, den Kläger nicht getroffen hätte. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in Pauli lib. 20 ad Edict. in Opp. post. T. II p. 290.

93) In seiner Ausgabe des Corpus iuris zum §. 21. de off. iud. 4, 17.

94) fr. 40 §. 1 De pet. her. 5, 3. Vergl. *Schulting* Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. I p. 120.

95) fr. 26, fr. 27 pr. D. eod.

96) arg. fr. 15 De usuris 22, 1.

97) fr. 17 §. 1 De rei vind. 6, 1. Iulianus ait, non solum fructum sed etiam omnem causam (Vergl. Glück Pandekten Bd. 8 S. 220 ff.) praestandam, et ideo et partum venire in restitutionem et partuum fructus; fr. 20 D. eod.... opus est, ut et causa rei restituatur; fr. 8 De usuris 22, 1.... fetus secundus et causa; fr. 18 pr. De his quae ut indignis 34, 9... pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi. *Donellus* Commentarii XX, 5.

haupten, daß bei der Vindikation die Klagformel ausdrücklich auf Hauptsachen und Accessionen gestellt sein muß, während bei der Erbschaftsklage nur die hereditas genannt werden darf [98]).

Endlich ist noch folgender Unterschied zwischen beiden Klagen abzuweisen, der durch eine mißverstandene Interpretation von c. 8 §. 3 C. de bonis quae liberis 6, 61. herbeigeführt ist. Einige Juristen behaupten nemlich aus dieser Stelle: wenn eine Erbschaft einem Hauskinde anfalle, welches bereits infantia maior ist, so müsse der Sohn zur Anstellung dieser Klage consentiren [99]); ohne daß sie dasselbe bei der Vindikation einer einzelnen dem Haussohne zugefallenen Sache verlangen [100]). Sobald man aber auch das principium dieser Justinianeischen Verordnung mit dem genannten Parapraphen verbindet, so überzeugt man sich, daß auch bei der Vindikation einer einzelnen Sache derselbe Grundsatz aufzustellen ist [101]).

---

98) *Cocceii* Ius controversum ad tit. de rei vind. qu. 14; *Walck* Introductio in controversias iuris civilis. Sect. IV cap. 1 §. 3.

99) So z. B. Mackeldey Lehrbuch §. 684 № 1 b.

100) Mackeldey Lehrbuch §. 559 b. № 1.

101) *Cuiacius* Recitt. in Cod. lib. VI tit. 71 in Opp post. T. V p. 972. Quod dicitur de hereditate idem obtinet in quolibet alio lucro adventitio; *Muehlenbruch* Doctrina Pandectarum Ed. III §. 569 № 4.

Zweite Abhandlung.

In welchen Fällen wird eine Erbschaft transmittirt *)

Das Recht eine Erbschaft zu transmittiren besteht nach unserer Ansicht darin, daß ein zur Erbschaft Berufener sein in Erfahrung gezogenes, aber nicht ausgeübtes, Wahlrecht, die ihm deferirte Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen auf seine Erben überträgt [1]).

*) C. F. Bucher's Diss. de iure transmissionis hereditatis et legati ex temporis successu spectato war selbst in Marburg, wo sie 1805. erschienen, nicht mehr käuflich. Eben so wenig war Bergers Diss. de transmissione hereditatis dem Verfasser zugänglich.

1) Duaren, der unter den ältern Juristen am vollständigsten bei Gelegenheit seines Commentars in tit. Dig. de adq. vel om. her. cap. V. die Lehre von der Transmission der Erbschaft abhandelt (in seinen Opera p. 450 . . . 455) spricht von der Transmission also: Ea facultas adquirendi, cur non transmittitur ad heredem? ut quamvis post mortem eius, cui delata est hereditas, eius successor non pos-

Da weder der Ausdruck, transmissio, noch eine Erklärung von bonorum possessionem vel hereditatem transmittere in den Römischen Rechtsquellen sich findet, so ist bei den neuern Juristen der Begriff davon nicht ohne alles Schwanken [2]). Gegen die gewöhnliche negative Definition [3]), welche mehr eine Beschreibung, als eine wirkliche Erklärung des Begriffes enthält — die Transmission der Erbschaft umfasse die Ausnahmen von der Regel: hereditas delata, sed nondum adquisita, non transfertur ad heredes heredis — hat sich neuerlich mit Recht Marezoll [4]) erklärt. Allein seine Definition, es umfasse die Transmission der Erbschaft die Fälle, in welchen Statt Desjenigen, dem die Delation eigentlich geschehen ist [5]), solche Personen, denen die fragliche Erb-

---

sit dicere, sibi qaesitam esse hereditatem: posset tamen eam adeundo, si velit, sibi adquirere.

2) Niemeyer z. B. (de transmissione Theodosiana) beschränkt den Uebergang des Transmissionsrechts nicht auf die Erben „ius hereditatem defuncto delatam, sed nondum adquisitam, vice eius adeundi,“ während Konopak (Institutionen §. 426.) zwar diese Beschränkung auf die Erben hat, dagegen nicht den Anfall der Erbschaft, wohl wegen der sogenannten Theodosischen Transmission hauptsächlich, für nöthig zu halten scheint, wogegen wiederum Mühlenbruch (Doctrina Pandectarum T. III. §. 702. Note 3.) „hereditatis nondum delatae nulla est transmissio“ mit Recht behauptet.

3) Z. B. bei Mackeldey Lehrbuch §. 690; Seuffert Pandekten §. 574; Valett Pandekten §. 1216; Hartitzsch Erbrecht §. 219; Lang Lehrbuch des Justinianischen Rechts §. 513; Wening Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Vierte Ausgabe §. 547. Note v.

4) In seiner und Lindes Zeitschrift Bd. II. S. 54. ff.

5) Da auch Marezoll a. a. O. S. 61, wenn die Erbschaft einer Person noch gar nicht einmal deferirt worden war, ein Transmissionsrecht

schaft nicht deferirt war, antreten und erwerben können[6]), ist, wie er selbst bemerkt, eine zu weite, da sie auch die Fälle, wo der Fiskus an die Stelle eines indignus tritt, unter sich begreift.

Gegen unsere Definition wird vielleicht der entgegengesetzte Einwand gemacht werden, daß sie nemlich eine zu enge sey, indem die sogenannte Theodosische Transmission nicht zu Gunsten der Erben des Erben, sondern ohne Rücksicht auf Erbrechte zu Gunsten der Descendenten des Erben die Erbschaft überträgt, und der Ausdruck transmitti hereditatem nicht blos in dieser Verordnung von Theodosius selbst[7]), sondern auch von Justinian in Beziehung auf diese Theodosische Verordnung gebraucht wird[8]). Allein theils könnte hier eine Berufung auf Donellus[9]), Thibaut[10]) und Mühlen-

---

auf Descendenten zuläßt, so ist damit schon stillschweigend von ihm selbst seine Definition für ungenügend erklärt.

6) a. a. O. S. 57.

7) c. un. C. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt 6, 52.

8) c. un. §. 5. C. de caducis tollendis 6, 51. Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur: exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. VI. Cod. tit. 51. zu diesem Paragraphen in Opp. post. T. V. p. 923. ff.; wo zugleich *Cuiacius* die am meisten zusammenhängende Uebersicht der einzelnen Transmissionsfälle giebt.

9) Commentarii de iure civili lib. 7. cap. 4. Vergl. lib. 6. cap. 24.

10) Versuche Bd. II. S. 179. „Das Recht das ius adeundi auf seine Erben zu transmittiren nennt man transmissio im eigentlichen Verstande."

bruch [11]) Schutz gewähren, welche ebenfalls in ihre Erklärung der Transmission der Erbschaft die Beschränkung auf die Erben des Erben aufgenommen haben, theils wird gerade in der angeführten Constitution Justinians [12]) unser engere Begriff der Transmission von dem Kaiser hervorgehoben, und er auch dadurch gerechtfertigt, daß überall wo von Transmission, namentlich auch der Klagerechte, die Rede ist, immer die Berechtigten, auf welche transmittirt wird, nur die Erben sind [13]). Da sich nun außer der angeführten Theodosischen Verordnung keine Stelle findet, welche von der Transmission einer Erbschaft auf andere Personen als die Erben des Erben handelt, und wir außerdem eine andere Beziehung jener Verordnung als auf die Transmission ausmitteln werden, so scheinen die Worte in unserer Definition: auf seine Erben, gerechtfertigt. Eine gleiche Rechtfertigung wird auch der Ausdruck Wahlrecht [14]) verlangen, indem eine nicht seltene Darstellung der

---

11) Doctrina Pandectarum §. 702. transmissio, qua ius delatam hereditatem adeundi transfertur ad heredes. Vergl. Konopak (Note 2.), Mackeldey Lehrbuch §. 691. »das Recht, die ihm deferirte Erbschaft anzutreten, auf seine Erben« zu transmittiren, Warnkönig Commentarii iuris Romani T. III. lib. V. cap. IV. §. 1087. „heredes ad suscipiendam hereditatem defuncto delatam admittantur“.

12) c. un. cit. §. 13. Cum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus.

13) Daher ist die Verbindung des Ausdruckes transmittere mit ad heredem, ad heredes, ad successores, ad successionem eine ganz stehende. Vergl. Brissonius de Verborum Significatione v. transmittere §. 1.

14) Dadurch ist zugleich die sogenannte Transmissio ex iure suitatis ausgeschlossen.

Neuern kein Wahlrecht, sondern die Erbschaft selbst, quasi iam quaesita esset, überträgt [15]). Jedoch für unsern Begriff sprechen theils die schon (Note 12.) angeführten Worte Justinians: non aditam hereditatem ad heredes transmitti, welche von einer Fiktion, als sei die Erbschaft bereits angetreten, schweigen, theils die sehr bezeichnenden Worte von Paulus: bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat [16]), welche deutlich genug bei dem bekannten Grundsatze der Römer: invito beneficium non datur [17]), zeigen, daß es von der Willkühr des zweiten Erben abhing, ob er neben der Erbschaft seines Erblassers auch die demselben etwa angefallene Erbschaft erwerben wolle oder nicht [18]). Endlich ist ganz entscheidend, Was Justinian von seiner nach ihm benannten Transmission ausspricht [19]): praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, und daß er authentisch diese Verordnung so interpretirt [20]): ad heredes suos ius deliberandi transmittat.

---

15) z. B. Günther Principia §. 833.

16) in fr. 4. §. 3. De B. P. contra tabb. 37, 4.

17) in fr. 69. De R. J. 50, 17.

18) *Cuiacius* Recitt. in lib. V. resp. Papin. zum fr. 39. §. 3. De adm. et peric. in Opp. post. T. I. p. 192 sagt sehr wahr von der Transmission: Beneficium est legis, quod datur heredi heredis morientis intra annum ante aditam vel repudiatam hereditatem, ut scilicet mortuo primo herede intra annum dum deliberat et consultat de adeunda vel repudianda; aut dum deliberare praesumitur de ea re, mortuo inquam eo intra annum eadem deliberatio permittitur heredi eius, sed invitum non obligat ad aditionem.

19) c. 19. C. de iure deliberandi 6, 30.

20) Novelle 158. im Proömium.

Sonach scheint der von uns aufgestellte Begriff der Transmission gerechtfertigt. Es sollen nun der Zeitfolge nach die einzelnen Fälle aufgezählt werden, in welchen die neuern oder ältern Juristen irgend eine Transmission der Erbschaft gefunden haben, und zugleich soll geprüft werden, ob überall auf sie unser bisher vertheidigte Begriff der Transmission passe. Wir werden sehen, daß derselbe durch eine historische Entwickelung der Lehre von der Transmission der Erbschaft vollkommen gerechtfertigt wird.

I. Das erste Beispiel von dem Rechte, eine unserm Erblasser nur erst deferirte Erbschaft anzutreten, finden wir bei Julian im vier und zwanzigsten Buche seiner Digesten, wo er folgenden Fall erzählt zu haben scheint [21]). Es hat Jemand in seinem Testamente seine emancipirten Kinder instituirt [22]). Nach seinem Tode findet sich die hinterlassene Wittwe schwanger, und da auf einen solchen möglicher Weise einst zur Welt

---

21) Die Geschichtserzählung ist uns von Julian selbst in fr. 5 De B. P. contra tabb. 37, 4 nicht erhalten. Die Worte daselbst lauten so: Sed et si decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum, Praetorem decernere, heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas, vel contra tabulas.

22) Da Paulus in fr. 4 §. 3 D. eod. (s. unten Note 110) erwähnt, daß diese Begünstigung, das ius adeundi zu transmittiren, am meisten für den emancipirten Sohn Bedürfniß gewesen sey (*Cuiacius* Recitt. in lib. 41 Pauli ad Edictum zu fr. 4 De B. P. c. t. in Opp. post. T. II p. 637, 638), so ist es wohl anzunehmen, daß Julian, dieses praktische Bedürfniß erkennend, zuerst nur für die emancipirten Kinder, und für deren Erben, diese Begünstigung aufgestellt habe. Auch v. Löhr in seinem und Grolmans Magazin Bd. II S. 447, 448 versteht diese Stelle Julians nur von emancipatus.

kommenden postumus der Testator gar keine Rücksicht genommen hat, so sind die emancipirten Kinder noch ungewiß, welche bonorum possessio sie agnosciren sollen[23]). Wird nemlich ein postumus geboren, so können sie commisso per eum edicto die contra tabulas bonorum possessio agnosciren; wird der postumus nicht lebendig geboren, oder abortirt die Frau, so müssen sie secundum tabulas bonorum possessio agnosciren. In dieser Ungewißheit, ob das Testament rumpirt werden wird, oder nicht, sterben die zu Erben instituirten emancipirten Kinder; und hier sagt nun Julian, es sey nicht unbillig, daß auch ihren Erben ungeschmälert das Recht bleibe, je nach dem Ausfalle der angegebenen Schwangerschaft eine secundum oder eine contra tabulas bonorum possessio zu agnosciren. Schon aus der hier gebrauchten Wendung: non est iniquum[24]), zeigt sich deutlich, daß dieses ein zu Julians Zeiten noch durchaus nicht anerkannter Rechtssatz, sondern vielmehr eine vielleicht von diesem Juristen zuerst aufgestellte Meinung war[25]).

---

23) Marezoll a. a. O. S. 66.

24) Non est iniquum Praetorem decernere. Daß hierunter eine decretalis bonorum possessio zu verstehen sey, zeigt v. Löhr a. a. O. S. 447, 448 Note 1. Vergl. noch *Cuiacius* a. a. O.

25) Vergl. fr. 2 §. 1 und fr. 5 pr. De B. P. sec. tabb. 37, 11, wo, in beiden Stellen, ebenfalls Julians Autorität angeführt wird. Dieß zeigt auch eine andere Stelle von Julian: fr. 3 pr. De collat. 37, 6 Alioquin magna captio erit emancipati, si non aliter bonorum possessionem accipere intelligeretur, nisi cavisset de collatione. Nam si interim ipse decessisset, heredi suo nihil relinqueret. Vergl. dazu *Cuiacius* Recitt. in lib. 23 Dig. Iuliani in Opp. post. T. III p. 170, 171.

II. Wohl noch in die Lebenszeit Julians [26]) fällt ein Reskript von Antonin dem Frommen, dessen Inhalt uns Ulpian in fr. 30 pr. De A. vel O. H. 29, 2 [27]) folgendermaßen aufbehalten hat. Es war Jemand als Gesandter gerade in Rom. Indeß war seinem Haussohne, der in der Provinz geblieben war, eine Erbschaft angefallen, die er natürlich nicht ohne des Vaters Geheiß antreten durfte. Ehe aber der Vater den Befehl anzutreten geben konnte, war der Sohn schon gestorben. Hier soll nun wegen der reipublicae causa absentia des Vaters Dieser selbst noch die Erbschaft antreten können.

In dieser Stelle, welche allgemein [28]) als ein Fall der sogenannten Transmission ex capite in integrum restitutionis angeführt wird, ist nun in der That keine Transmission vorhanden. Denn da jede, dem Hauskinde deferirte, Erbschaft

---

26) Denn vielleicht starb Julian erst nach Antoninus Pius. Vergl. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I §. 91 S. 336 Note 19, 20 und 21.

27) Ulpianus libro VIII ad Sabinum. Cum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset iubere adire in provincia agentem, Divus Pius rescripsit consulibus, (Der Vorschlag von *Hotomanus* Obss. VII cap. ult. consulentibus zu lesen, ist ist in der Göttinger Ausgabe nicht einmal erwähnt. Obwohl *Scipio Gentilis* de iurisdictione lib. II. cap. 25 unter den Consules die Municipalbeamten verstanden wissen will, weil nie die Consuln, als Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilend, genannt werden, so sprechen doch wohl alle innern Gründe dafür, daß die Consuln restituiren durften, obgleich diese Stelle der einzige direkte Beweis dafür ist. Vergl. Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 540, und in den Zusätzen zu §. 28 S. XXIV) subveniri ei oportere, mortuo filio, eo quod reipublicae causa aberat.

28) Z. B. bei Konopak Institutionen §. 426 Note p; Mackeldey Lehrbuch §. 691 Note c; Mühlenbruch Doctrina §. 702 Note 5.

dem Vater durch den Sohn erworben wurde, so kann man sagen, daß in der That ihm die Erbschaft angefallen war, die er nur durch seinen Sohn anzutreten versäumt hatte, und die er jetzt unmittelbar selbst antreten kann [29]). Eine Transmission ist daher hier gar nicht sichtbar. Aber auch wenn wir dabei stehen bleiben, daß dem Sohne die Erbschaft deferirt, und das Recht, die deferirte Erbschaft anzutreten, nach dem Tode des Sohnes auf den Vater übergegangen wäre, so ist doch das Dasein der Transmission zu leugnen. Denn nicht ist hier der Vater als Erbe des Sohnes dazu berechtigt [30]), weil der Haussohn keinen Erben hinterlassen konnte [31]), sondern der Vater, als solcher, vollzieht nun den Erbschaftserwerb iure peculii.

III. Der Zeit nach hierher gehörig ist der Fall, welcher von einigen Juristen [32]) zu den Transmissionen gezählt wird: wenn Jemandem ein Theil der Erbschaft pure, und ein Theil sub conditione hinterlassen ist, und er den ihm pure zuge-

---

29) Wahrscheinlich ist dieß Reskript von Antoninus Pius eins und dasselbe mit dem von Mäcian in seinem quaestionum liber aufbehaltenen, welches Papinian in fr. 86 pr. De A. vel O. H. 29, 2 erwähnt. Vergl. *Voorda* Interpp. et Emendd. cap. 43; Riemeyer de transmissione Theodosiana §. 9 Note 6 und 7. Denn auch in ihm ist davon die Rede, daß der Vater als Gesandter in Rom gewesen, und daß sein Sohn ohne die deferirte Erbschaft anzutreten, gestorben sey. S. unten Note 60.

30) Dieß ist auch die Ansicht von *Faber* Coniecturae lib. 14 cap. 1.

31) Der Vater wird in Beziehung auf die Erwerbung des Pekulii nach dem Tode seines Sohnes nur höchstens quasi heres genannt fr. 3 §. 9 De minor 4, 4. Nur vom castrense peculium, worin der Sohn seinen Vater instituirt hat, wird der Vater wirklich Erbe fr. 2 De castr. pec. 49, 15.

32) Z. B. von Mühlenbruch Doctrina §. 702 № 2; Baumeister Das Anwachsungsrecht der Miterben S. 146.

fallenen Theil der Erbschaft angetreten hat, so muß auch sein Erbe den andern sub conditione hinterlassenen Theil annehmen, wenn die Bedingung erst nach dem Tode des ersten Erben in Erfüllung geht[33]). Allein es ist sehr zu zweifeln, ob dieser Fall zu der Lehre von der Transmission gehört. Denn nicht das freie Wahlrecht, einen Theil der Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, geht hier auf den Erben über, sondern der Zwang, auch diesen Theil der Erbschaft anzutreten. Es ist keine Uebertragung eines Rechts, sondern einer Pflicht des Erben, eine Erbschaft nicht theilweise nur anzutreten[34]), und der Erben des Erben, die accrescirende Portion ihres Erblassers, eben so gut wie dieser selbst, annehmen zu müssen[35]).

IV. Die nächste Notiz[36]) über das Fortbestehen und die Ausbildung der Transmission einer Erbschaft findet sich bei Papinian[37]). Der hier vorgetragene Fall steht im genauesten

---

33) fr. 53 pr. De A. vel O. H. 29, 2. Gaius libro XIV ad legem Iuliam et Papiam. Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub condicione, et ex pura institutione adierit et decesserit, posteaque conditio exstiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet.

34) fr. 1, fr. 2, fr 53 §. 1 De A. vel O. H. 29, 2. Vergl. *Iac. Gothofredus* ad leg. Iul. et Pap. cap. 34 in *Otto* Thesaur. T. III, p. 239.

35) Baumeister a. a. O. S. 116, 117 Note 40.

36) Warum jedoch erst hier, nicht schon zur Zeit der Republik, da das SCtum Silanianum erlassen wurde (Vergl. über die Zeit *Balduinus* de iure novo libro III in Iurisprud. Rom. et Attica. T. I, p. 1166. 1167), von diesem Transmissionsfalle gehandelt wird, s. unten Note 185.

37) fr. 4 De SCto Silaniano 29, 5. Papinianus libro VI Responsorum. Qui postumos heredes instituerat, non natis postumis

Zusammenhange mit dem Silanianum Senatusconsultum [38]), welches mit einem daran sich schließenden Edikte [39]) vorschrieb, daß, wenn Jemandem die Erbschaft eines Ermordeten deferirt war, derselbe nicht eher antreten durfte, als bis die Sklaven des Ermordeten, die bei der Ermordung in demselben Hause waren [40]), einer Tortur unterworfen waren. In dem Falle, den hier Papinian vorträgt, hatte Jemand seine postumi instituirt, und ihnen, im Falle, daß sie nicht das Licht der Welt erblickten, (oder ihn nicht überlebten), seine Frau substituirt.

---

uxorem secundo loco scripsit heredem: cum a familia necatus diceretur, uxor diem suum obierat: heredes mulieris actiones ex constitutione (*Cuiacius* Recitt. in lib. VI Resp. Pap. zu dieser Stelle in Opp. post. T. I p. 264 schlägt vor statt constitutione, substitutione zu lesen. Als Grund giebt er in den Obss. lib. IV cap. 13 an, weil über diesen Gegenstand keine Constitution erlassen sey. Doch meint *Maranus* Paratitla ad Digesta h. t. p. 289, daß unter der constitutio die oratio des Kaisers Mark Aurel zu verstehen sey, die sich auf dieses Senatusconsult bezog) sibi postulabant? Eos ita demum audiendos esse respondi, si mulier, quam in utero nihil gestare constabat, propter SCtum hereditatem adire noluit: alioquin praegnate ea defuncta, nullam iniuriae querelam intervenisse.

38) Den Inhalt der einzelnen neun Capitel, welche das Senatusconsult enthalten haben soll, giebt *Duaren* in tit. de SCto Silaniano an in seinen Opp. omnia p. 473 ff.

39) Vergl. fr. 3 §. 18, §. 21, §. 22, §. 30, fr. 25 §. 2 D. eod. Ueber die Zeit, in welcher die einzelnen Senatsschlüsse, die sich auf diesen Gegenstand bezogen, erlassen sind, vergl. *Cuiacii* Obss. I, 18.

40) Nach Tacitus Annales XIV, 42 wurde die Bestimmung: familiam omnem, quae sub eodem tecto mansitaverat, ad supplicium agi, vetere ex more abgeleitet. Vergl. *Paganini Gaudentii* Iuridicar. Expos. lib. I cap. 19 in *Otto* Thesaurus T. III p. 359.

Nachdem er gestorben, wie es hieß, von seinen Sklaven ermordet, starb auch seine schwangere Frau, bevor sie die Erbschaft angetreten. Nun entstand die Frage, ob sie ihre Erbansprüche auf ihre Erben transmittire. Papinian sagt, wenn die Frau allein aus Furcht vor den Strafen, welche das SCtum Silanianum dem Erben androht, der vor der Tortur der Sklaven antritt, die Erbschaft nicht angetreten hätte, und, bevor die peinliche Untersuchung gegen die Sklaven beendet war, gestorben wäre, so könne sie zwar nach strengem Rechte ihre erbrechtlichen Klagen nicht transmittiren, wegen des Grundsatzes: hereditatem non aditam in heredes non transmitti; wohl aber nach einer kaiserlichen Verordnung, damit nicht in diesem Falle der substituirten, unschuldigen, Ehefrau durch die Bestimmung des Senatusconsultes ein Nachtheil zugefügt würde. Doch ist auch dieß Transmissionsrecht nicht unbedingt zu gestatten, sondern Papinian unterscheidet. Wenn die Frau die Ueberzeugung hatte, sie sey nicht schwanger[41]), und allein wegen des Senatsschlusses nicht antrat[42]), nur

41) Vergl. fr. 30 §. 1 ff. De adq. vel om. her. 29, 2.

42) Dieß mußte der einzige Grund sein. Denn war auch dieser Grund wirklich vorhanden, concurrirte er aber mit einem andern, so ward er dadurch für die Transmission bedeutungslos fr. 3 §. 32 De SCto Silan. 29, 5. Si et aliud impedimentum sit de non adeunda hereditate, vel aperiundarum tabularum, sit et SCti, nihil prodesse impedimentum SCti, si et aliud fuit: veluti si praegnas uxor occisi fuit, vel etiam putabatur, et propterea adire hereditatem institutus non potuerit. Eine vollkommen unrichtige Ausdehnung dieser Stelle ist es also, wenn Schröter (in Siebenkees juristischem Magazine Bd. I S. 313) auf Bergers Autorität behauptet, eine Transmission der Erbschaft finde Statt, wenn der Erbe aus Furcht einer Strafe die Erbschaft nicht angetreten hat.

dann sollte die Transmission Statt finden[43]). Wenn sie aber wußte, oder auch nur fälschlich glaubte, daß sie schwanger sey, so konnte sie dieserwegen nicht antreten, und die Erben durften hier nicht sich beklagen, daß auf sie keine erbrechtlichen Klagen transmittirt wären.

V. Von Mark Aurel erzählt Ulpian folgende Entscheidung[44]). Ein Freigelassener hatte ein Testament errichtet,

---

43) Den Erben der Frau wurden die erbrechtlichen Klagen als utiles gegeben. fr. 3. §. 30 D. eod. Eleganter Scaevola ait, ut quis ad heredem suum utiles actiones transmittat, si forte ante aditionem decessit, exploratum esse debere, idcirco eum non adire, quod SCto Edictoque terreatur. Einmal sind hier unter utiles actiones wirksame, erfolgreiche, Klagen zu verstehn: die vulgäre, jedoch auch in unsern Rechtsbüchern nicht ganz seltene Bedeutung von utilis. Vergl. Brissonius de Verb. Sign. v. utilis §. 4 und Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte Zweite Ausgabe S. 140 Note 237. Sodann aber stehn hier utiles actiones auch den directis entgegen. Denn Cujacius Recitt. in tit. 30 lib. 6 Cod. Opp. post. T. V p. 925 bemerkt: hoc casu iure ipso non transmittit hereditatem, sed decreto Praetoris heres eius admittetur ad bona, eique dabuntur non directae actiones hereditariae sed utiles s. decretales. In unserm fr. 4 sind daher die actiones, welche die Erben der Frau für sich fordern, auch utiles, nicht directae actiones. Daß hier den Erben durch eine decretalis bonorum possessio zu Hilfe gekommen werde, ist auch die Meinung von Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. Erste Abtheilung S. 70. Burchardi die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 403 Note 39 will hier eine in integrum restitutio gefunden haben. Dagegen vergl. Huschke in der Tübinger kritischen Zeitschrift Bd. II S. 167.

44) fr. 6 §. 1 De bonis libertorum 38, 2. Cum patroni filia heres instituta esset a liberto, falsumque testamentum dictum esset, in quo scripta erat, et appellatione interposita et pendente diem suum obisset: heredibus eius Divus Marcus subvenit, ut id haberent, quod patroni filia haberet, si viveret. Hiemit ist zusammenzustellen die Relation desselben

und darin die Tochter seines Patrons zur Erbin eingesetzt. Das Testament wurde für untergeschoben erklärt, und während noch in der Appellationsinstanz der Prozeß schwebte, starb jene Erbin[45]). Hier gewährte Mark Aurel[46]) dem Sohne dieser Erbin einen so großen Theil der Erbschaft, als die Verstorbene ohne Testament erhalten haben würde[47]), nemlich die Hälfte

Reskripts von Papinian in fr. 42 §. 3 D. eod. Si falsum liberti testamentum ab aliis in provincia dictum, atque ita res per appellationem extracta esset: defuncta medio tempore patroni filia, quam libertus heredem instituerat: filiae mulieris servavit Divus Marcus eam partem bonorum, quam filia patroni vel iure intestati, si vixisset, habere potuit. Der Unterschied, der in den beiden Relationen vorkommt, ist der, daß Ulpian nicht den Sohn als den Erben der Frau bezeichnet, sondern schlechthin sagt: ihr Erbe würde dieselbe Portion bekommen, welche seiner Mutter, wenn sie lebte, zustände. Papinian dagegen, viel schärfer den Fall hervorhebend, sagt, der Sohn würde die Intestatportion seiner Mutter, als Erbe, bekommen. Ulpian läßt es also ganz unbestimmt, ob in der Appellationsinstanz das Testament für untergeschoben gilt, oder nicht; Papinian dagegen nimmt an, daß auch in der Appellationsinstanz das Testament für untergeschoben erklärt ist.

45) Die übrigens angetreten haben konnte fr. 30 §. 8 De A. vel O. H. 29, 2. Si certus sum, non esse falsum testamentum, vel irritum, vel ruptum, licet dicatur esse, possum adire hereditatem.

46) Daß der Kaiser hier erwähnt wird, beweist nicht, daß etwa hier diesem Großsohne des Patrons ein Privilegium ertheilt wäre, sondern erklärt sich daraus, daß der Prozeß über das Testament in der Appellationsinstanz an den Kaiser gekommen war. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. III. §. 169, §. 170, Note 8; Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 957. Zeile 12.

47) fr. 8. §. 14. De B. P. contra tabb. 37, 4. Wir müssen nemlich mit Cujacius annehmen Recitt. in lib. 13. Quaest. Pap. zu fr. 42. §. ult. in Opp. post. T. I. p. 370, daß das Testament als falsum anerkannt wurde.

der Erbschaft[48]). Da man nemlich nicht annehmen kann, daß die Tochter des Patrons dadurch, daß sie ihre testamentarische Einsetzung aufrecht erhalten wollte, auf ihre Intestaterbrechte verzichtet habe; so müssen diese wenigstens ihren Erben erhalten werden, wenn das Testament für untergeschoben erklärt wird[49]).

Dieß zählt Marezoll[50]) als einen Transmissionsfall auf, aber nicht mit Recht. Denn wie Cujacius a. a. O. bemerkt, ist die ratio dieses Dekretes folgende. Da die Tochter des Patrons alles Mögliche gethan, die Erbschaft zu erwerben, und durch ihre Antretung aus dem Testamente, deren Rechtmäßigkeit und dessen Rechtsbeständigkeit ihr bestritten wurde, gar nicht der Intestatsuccession entsagt hatte, wenn ihr diese vielleicht auch nicht so große Vortheile als die testamentarische

---

48) Vergl. Unterholzner in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. V. S. 111. ff.; §. 1. I. de success. libert. 3, 7. Der Tochtersohn des Patrons hatte aus eigener Person gar kein Erbrecht gegen den Freigelassenen. Vergl. Gaius I. III, 58. filium autem patroni, nepotesque ex filio." Vergl. noch Gaius I. III, 46. nach den auch hier sehr gelungenen Restitutionen von Huschke in seinen Studien Bd. I. S. 265 und Ulpians Fragmente Tit. 29. §. 1. §. 4.

49) Ulpian sagt gar nicht, Wer das Testament als falsum angefochten, Papinian bedient sich nur des weiten Ausdruckes ab aliis. Wahrscheinlich waren dieß die Kinder des Freigelassenen; denn nur für Diese konnte es von Interesse sein, daß kein Testament da war, weil nur sie neben der Tochter des Patrons als Intestaterben auftreten können. Ulpian XXIX, §. 1. §. 2; §. 3. I. de succ. libert. 3, 7; Gaius I. III, §. 45. ff. Daß hier der Tochter des Patrons das zu einer solchen Erbfolge nöthige ius liberorum zustand, bedarf keiner ausdrücklichen Erwähnung. Hugo Eilfte Rechtsgeschichte. S. 941 3. 5; Gans Scholien zum Gajus S. 357.

50) In seiner und Linde's Zeitschrift Bd. II. S. 67.

Einsetzung bot, so sollte diese Erbin als eine solche angesehen werden, welche die Erbschaft angetreten hatte, und der Erfolg der Appellationssentenz sollte nur lehren, ob die verstorbene Erbin als testamentarische [51]), oder als Intestaterbin angesehen werden könnte. Man kann daher hier nur behaupten, daß die von der Tochter des Patrons bereits als erworben fingirte Erbschaft transmittirt werde, so daß sie bereits einen integrirenden Theil von ihrer Erbschaft bildete, nicht aber, daß hier noch das Antretungsrecht der Erbschaft des Freigelassenen, als freies beneficium auf ihre Erben überging [52]).

VI. Von Severus und Antoninus ist ein Reskript erhalten [53]), worin den Erben eines Centurio, der in der Provinz stand, die Erlaubniß gegeben wird, die in integrum restitutio aus der Person dieses Centurio auf den Grund nachzusuchen, daß der Centurio nach dem Ablaufen der zur bonorum possessio ihm zuständigen Frist als Soldat gestorben sei [54]). Der Grund, worauf die Wiedereinsetzung in

51) Ulpian läßt nemlich unentschieden, ob die eingesetzte Erbin als solche siegte, oder ob das Testament für zu Rechte bestehend anerkannt wurde.

52) Duaren zum Titel de A. vel O. H. 29, 2. sagt von diesem Falle: transmittit hereditatem ad suos, perinde ac si eam adiisset.

53) c. 1. C. de rest. mil. 2, 51. Si Valerianus, Centurio cohortis duodecimae Alpinorum ante vita decessit, quam bonorum possessionem acciperet, heres eius ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit: si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est. Voorda Interpr. et emend. cap. 44. stellt die höchst wahrscheinliche Meinung auf, daß Valerian sub cretione perfecta instituirt war.

54) *Cuiacius* in seinen Recitt. in IV. priores libros Codicis be-

den vorigen Stand dieses Centurio gebaut werden konnte, war sicher die reipublicae causa absentia[55]). Der wesentliche Inhalt dieses Reskriptes besteht demnach in dem Rechte der in integrum restitutio, wozu nach dem Tode des Verletzten seine Erben Anspruch haben sollten. Und in der That kann man auch strenge genommen nicht sagen, das Erbrecht sey transmittirt[56]), sondern nur das Recht der in integrum restitutio[57]), was etwas ganz Gewöhnliches ist[58]), und ebenfalls durch ad successorem transmittere bezeichnet wird[59]).

---

merkt zum liber II. tit. 50. omnis restitutio militum transmittitur in heredem, et si nondum petita sit; in Opp. priora Tom. III. p. 648.

55) Duaren in tit. Cod. de rest. mil. in Opera omnia p. 127.

56) Vergl. Marezoll a. a. O. S. 71, 74 ff.

57) Es scheint nicht richtig, wenn Burchardi das Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 403. Note 39. auch diesen Fall zu denjenigen zählt, wo die Erben nicht hereditario, sondern proprio nomine die Restitution nachsuchen, da schon beim Ableben des Erblassers die Zeit zur Nachsuchung der in integrum restitutio abgelaufen war.

58) Omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt fr. 6. De in int. rest. 4, 1. Schon der Titel, worin dieses Reskript steht: de restitutione militum, giebt einen Fingerzeig, wohin dieser Fall zu stellen ist. Selbst *Dion. Gothofredus* in den Noten zu dieser Stelle sagt: heres restituitur ex persona defuncti.

59) c. 4. C. de temp. in int. rest. 2, 53. Francke Das Recht der Notherben S. 93. sagt sehr richtig, daß die sogenannte transmissio ex capite in integrum »Nichts ist, als eine dem Erben ertheilte Restitution gegen die von ihrem Erblasser verabsäumte Antretung der Erbschaft.« Auch Warnkönig Commentarii iuris Romani lib. V. cap. IV. §. 1088. verweist diese Art von Transmission in die Lehre von

VII. Ziemlich gleichzeitig mit dem eben genannten Falle ist der, welchen Papinian in fr. 86 pr. De A. vel O. H. 29, 2 [60]) darstellt. Ein gewisser Pannonius Avitus war als

der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand lib. VI. cap. II. §. 1225. Note 3.

60) Papinianus libro VI. responsorum. Pannonius Avitus (Ob dieser Name richtig sey, vergl. *Schulting* Notae ad Digesta ed Smallenburg T. V. p. 150) cum in Cicilia procuraret, heres institutus, ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret; quia bonorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant: quae stricto iure non competit (*Faber* Coniecturae lib. 14. cap. 1. behauptet dreist genug: die Worte stricto iure und der folgende Satz Divum: bis zu Ende, wären ein Emblem Tribonians; theils weil ihm die Entscheidung aus Billigkeit nicht zusagt, theils weil Papinian sich nie eines so schlechten Lateins: quod et hic humanitatis gratia obtinendum est, bedient haben würde. Allein man s. dagegen Schröter in Siebenkees Jurist. Magazin Bd. I. S. 300. ff.), quia intra diem aditionis Avitus obiisset, Divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat, et filium, qui matris delatam possessionem (Vergl. *Brissonius* de V. S. v. possessio §. 5. für bonorum possessionem) absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere. (So liest Gebauer; vergl. dessen Note 42 zu dieser Stelle in seiner Ausgabe des Corpus iuris). Quod et hic humanitatis gratia obtinendum (Die Rechtfertigung dieses Wortes haben Voorda Interpr. et Emendd. cap. 43 und *Wieling* lectiones iuris civilis lib. II. cap. 9 übernommen) est. Daß diese Worte von et filium bis habere nicht ganz richtig sind, ist unzweifelhaft. Der Vorschlag von Taurellius und Russard locum wegzulassen, ist deshalb nicht anzunehmen, weil dadurch ein Widerspruch mit fr. 30. D. eod. entstände, worauf Schröter a. a. O. S. 303. Note 9. aufmerksam macht, indem alsdann der Sohn als der alleinige Restituirte erschiene, während der Vater als der zu restituirende genannt werden muß, und

kaiserlicher Procurator in Cilicien zum Erben eingesetzt; aber bevor er seine Erbeseinsetzung erfahren, gestorben. Sein Prokurator hatte zwar bonorum possessio nachgesucht[61]); allein da diese Handlung nur von dem eingesetzten Erben selbst, dessen Erben aber das Recht zur Ratihabition nicht zustand, hätte ratihabirt werden können[62]), so suchten diese in integrum

außerdem auch das et gar nicht in die Construction des von constituisse abhängigen Satzes paßte, weshalb auch vor et filium nur ein Komma, nicht ein Kolon oder gar ein Punkt stehen darf. Der Vorschlag von *Cuiacius* statt et filium zu lesen: et filio hat ebenfalls Das gegen sich, daß alsdann der Sohn auch neben dem Vater als ein zu Restituirender genannt wird. *Cannegieter* will gar filii nomine lesen, Was sich zu weit vom Texte entfernt, und überdieß dieselbe Ausstellung zuläßt. Es scheint, daß man auf solche Weise den Satz construiren müsse: Pium contra constituisse, sine respectu . . . locum habere, Maecianus refert in eo, qui legationis causa Romae erat, et qui absens amiserat filium, qui matris delatam possessionem (absens) amiserat. Dieser Sinn würde noch leichter dadurch erreicht werden, wenn man statt qui lesen möchte eique, ein Vorschlag, den bereits Voorda a. a. O. gemacht hat, oder eiusque. *Wieling* lectiones iuris civilis lib. II. cap. 9. meint, qui stünde nach alter Schreibart für cui.

61) Die bonorum possessio konnte allerdings, nicht aber die hereditas durch einen procurator erworben werden. Vergl. *Cuiacius* Obss. I, 34, *Contius* lection subseciv. lib. II. cap. 17; *Averanius* Interpretationes lib. I. cap. 12. §. 39.

62) fr. 3. §. 7. De Bon. poss. 37, 1. Quod si me non mandante, bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, cum ratum habuero id, quod actum est. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, cum ad eum non transeat ius bonorum possessionis. Vergl. noch fr. 24. pr. D. rat. rem hab. 46, 8.

restitutio aus der Person ihres Erblassers[63]). Papinian erklärt zwar, aus allgemeinen rechtlichen Gründen müsse dieß Restitutionsgesuch ihnen abgeschlagen werden, weil ihr Erblasser nicht nach[64]), sondern vor dem Ablaufe der zur Agnition der bonorum possessio ihm zuständigen Frist gestorben sei[65]). Allein wegen jenes Reskriptes von Antonin dem From-

63) Dies ist die Ansicht von *Vivianus* im Casus zu unserer Stelle und von *Duaren* Opera omnia p. 452, 453.

64) *Merenda* Controv. iur. lib. II. cap. 12. meint zwar in einer Beziehung ganz mit Recht, daß eine in integrum restitutio nach Justinianeischem Rechte nur nach dem Ablaufe der zur Antretung der Erbschaft gesetzlichen Frist anwendbar sei. Jedoch ist diese Wiedereinsetzung auch nur dann überflüssig, wenn der verstorbene Erbe von der Delation gewußt. Dagegen ist es vollkommen unrichtig, wenn Merenda die Anwendbarkeit der in integrum restitutio vor dem Ablaufe der gesetzlichen Frist aus dem Grunde leugnet, weil das Reskript von Pius ein rescriptum particulare sey, und unsern Juristen nicht einmal das Recht zustände, ein solches Reskript auf gleiche Fälle anzuwenden. Ob übrigens in diesem Falle es passend gewesen, auf die Autorität jenes Reskriptes zu verweisen, erörtert Marezoll a. a. O. S. 80. ff.

65) *Cuiacius* Recitt. in lib. VI. resp. Pap. zu dieser Stelle in Opp. post. T. I. p. 260, eben so auch Schröter a. a. O. S. 306, erklären mit Recht die Worte Papinians intra diem aditionis für die hundert dies utiles, in welchen nach classischem Pandektenrechte der Erbe die cretio (und zwar hier die vulgaris, *Voorda* a. a. O.) vornehmen mußte. Nach Justinianeischem Rechte scheint aber die Glosse von *Cuiacius* wohl mit Unrecht getadelt, daß sie die Worte, wie oben der Text, verstand. Gewiß aber unhaltbar ist hier die Behauptung von *Cuiacius* a. a. O. p. 261, daß dem Sohne ex SCto Orphitiano, also ab intestato, die Erbschaft deferirt gewesen. Denn einmal heißt es im fr. 30. D. cit. heredem institutum, und sodann ist in unserer Stelle von der bonorum possessio die Rede. Dort also wird die Intestaterbfolge, hier die Erb-

men [66]), worin gar nicht auf die Zeit gesehen sei, ließe sich auf Billigkeit gestützt behaupten, es wäre ganz gleichgiltig, ob der Erbe innerhalb der gesetzlichen Antretungsfrist gestorben sey, oder nicht, und darum sey hier die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus besondern Billigkeitsgründen für zulässig zu achten [67]).

Diese Stelle von Papinian wurde schon oben (Note 12) berührt, und man darf in ihr gar nicht eine Transmission der Erbschaft suchen, sondern man kann nur das Ausgezeichnete in ihr finden, daß dem Gesuche der Erben um eine in integrum restitutio nachgegeben wird, obwohl auf eine solche der defunctus selbst gar keinen Anspruch gehabt hatte [68]). Durch diese in integrum restitutio wird ferner nur das Recht zur Ratihabition auf die Erben transmittirt; und daß sich diese Ratihabition auf eine erbetene bonorum possessio bezog, kann als vollkommen gleichgiltig behandelt werden. Von einer Transmission kann auch deßhalb schon nicht die Rede sein, weil der verstorbene Erbe sein Erbrecht gar nicht gekannt hatte.

---

folge aus dem Senatusconsulte ausgeschlossen, da dieses ja dem Sohne keine bonorum possessio, sondern eine hereditas zuwies.

66) fr. 30. pr. De A. vel O. H. 29, 2. Die Worte s. oben Note 27; Vergl. *Wieling* Lectiones iuris civilis lib. II. cap. 9.

67) Diese Billigkeitsgründe sind die reipublicae causa absentia und die damit in Verbindung stehende iusta ignorantia *Cuiacius* a. a. O. p. 261; *Duarenus* a. a. O. p. 453. Als procurator Caesaris war er nemlich reipublicae causa absens fr. 35. §. 2. D. ex quib. caus. 4, 6.

68) Vergl. c. 2 C. in quib. caus. in int. rest. 2, 41. — Burchardi a. a. O. S. 403 sagt von diesem Falle: die Restitution steht ihnen proprio nicht hereditario nomine zu, weil in Rücksicht des Erblassers selbst die Restitution noch gar nicht begründet war.

VIII. Ein anderer Fall, welchen Papinian mittheilt[69]), ist folgender. Wenn Jemand, der bisher für kinderlos galt, einen extraneus[70]) zum Erben eingesetzt hat, und sich nach dem Tode dieses Erblassers ein Unmündiger einfindet, der ein Kind des Verstorbenen zu sein behauptet, so muß nach dem edictum Carbonianum, wenn die Entscheidung dieser Behauptung nicht auf ebener Hand liegt, die Zeit der Mündigkeit dieses Prätendenten abgewartet werden. Da der eingesetzte Erbe, eben so wenig wie ein entfernter Intestaterbe, vor der Entscheidung dieses Prozesses eine bonorum possessio nachsuchen konnte, da nun der Prätendent eine der ersten Ordnung, die contra tabulas bonorum possessio nachgesucht hatte, so konnte es sich ereignen, daß jene Erben vorher starben, ehe es bewiesen ward, daß jener Prätendent kein rechtes Kind des Erblassers sey. Wenn nun dieß der Fall wäre[71]),

69) fr. 12 De carb. ed. 37, 10 Papinianus libro XIV Quaestionum. Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subiectus dicitur, ex Edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest: quod si medio tempore scriptus vel ille qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur; heredibus eorum succurrendum erit. Quid enim, si non potuerunt adire hereditatem iure cessante (Dieß geht auf die entferntern Intestaterben, die aus der Klasse unde legitimi) vel ob litem in dubio constituti. (Dieß geht auf die Testamentserben). *Cuiacius* bemerkt Recitt. in lib. 13 quaest. Pap. zu dieser Stelle in Opp. post. T. I p. 368, daß unser Fragment wegen fr. 4 §. 2 De bon. libert. 38, 2 nur von einem verstorbenen Freigebornen, nicht von einem Freigelassenen verstanden werden kann.

70) Löhr a. a. O. S. 448 nennt als Subjecte in diesem Falle einen Testaments- oder Intestaterben, welcher kein Descendent des Erblassers ist. Eben so Marezoll a. a. O. S. 64.

71) v. Löhr a. a. O. S. 448; Marezoll a. a. O. S. 64, 65.

so sollte noch nachträglich den Erben jenes Testamentserben oder den Erben des legitimus, der durch den Unmündigen von der Erbschaft ausgeschlossen ward, durch eine decretalis bonorum possessio[72]) secundum tabulas oder intestati unde legitimi, zu Hilfe gekommen werden. Daß hier der Prätor sich der Erben annahm, war ganz natürlich, da er ja selbst durch das Carbonianum Edictum Ursache war, daß der eingesetzte Erbe nicht gleich den Prozeß mit dem untergeschobenen Kinde hatte anfangen und beenden können.

IX. Ehe wir den in fr. 84 De Adq. vel Om. Her. 29, 2 enthaltenen Fall genauer erörtern, scheint es nöthig zu sein, eine Stelle des Afrikanus[73]) vorher zu erklären, welche der gewöhnlichen Ansicht nach[74]) im Widerspruch mit unserm fr. 84 stehen soll. Aber bei genauer Sonderung der in beiden

---

72) *Cuiacius* Recitt. in lib. 14 quaest. Pap. zu dieser Stelle in Opp. post. T. I p. 387. Daß hier keine in integrum restitutio angenommen werden könne, zeigt Duaren a. a. O. S. 452.

73) fr. 16 De lib. et post. 28, 2 Africanus libro IV quaestionum. Si filius heres institutus sit, omisso postumo, filioque substitutus nepos ex eo sit; si interim moriatur filius postumo non nato, nepotem tam patri quam avo suum heredem futurum: quod si nemo filio substitutus sit, et solus ipse iustitutus sit, tunc quia eo tempore, quo is moriatur, certum esse incipit, neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existet (nur die Florentina hat existat): sicut evenire solet, cum sub ea conditione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus, priusquam ei pareret, moriatur.

74) Vergl. *Pacius* Enantiophanon liber Centuria V, qu. 89. Auch v. Löhr scheint a. a. O. S. 445 Note 1 dieser Ansicht zu huldigen. Vergl. übrigens Schulting Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. V p. 20, 21; und p. 149, wo er ebenfalls diesen Widerstreit anerkennt.

Fragmenten enthaltenen Fälle, möchte dieser behauptete Widerspruch sich als nicht begründet nachweisen lassen.

Vorzüglich ist zu berücksichtigen, daß Afrikan gar nicht von der Transmission der Erbschaft, gar nicht einmal, was überall übersehen wird, von der Zeit nach der Geburt eines postumus, sondern nur von dem Schicksale der in einem Testamente instituirten Erben, und zwar nur während der Zeit spricht, als von ihnen die Erbschaft weder angetreten ist, noch wegen der Erwartung eines postumus angetreten sein konnte. Afrikan stellt nemlich hier zwei Fälle auf; im Anfange folgenden. Es stirbt Jemand mit Hinterlassung einer Frau, welche sich schwanger meldet, und mit Hinterlassung eines Testamentes, worin an einen postumus nicht gedacht, sondern nur ein schon verheiratheter Haussohn instituirt, und diesem dessen Kindchen substituirt ist. Wenn nun der instituirte Sohn vor der muthmaßlichen Entbindung der Ehefrau des Verstorbenen stirbt [75]), so wird in diesem Momente seines Todes es gleich gewiß sein, was Afrikan sagt, daß der Enkel sowohl seinem Vater, als seinem Großvater, als suus heres auftreten könne [76]). Daß er seinem Vater gleich als suus succedire, mag derselbe mit oder ohne Testament verstorben sein, ist unbestritten. Jedoch eben so unbestreitbar steht es auch mit seiner Succession gegen seinen Großvater. Es heißt avo suum heredem futurum. Da nemlich durch den Tod des instituirten Sohnes die Bedingung,

75) Daß postumo non nato, soviel als nondum nato bedeuten solle, ist die gewöhnliche Meinung. Vergl. *Cuiacius* Tract. IV ad Africanum ad fr. 16 cit. in Opp. prior. T, I p. 1307; *Henricus a Suerin* Repetit. lect. iuris cap. 35 in Otto's Thesaurus T. IV p. 55 ff.; Francke das Recht der Notherben S. 88.

76) Vergl. *Voorda* Interpr. et Emendd. lib. I cap. 7.

unter welcher der Enkel substituirt war, in Erfüllung gegangen ist, so wird er jetzt statt seines Vaters die Qualität eines suus heres gegen den Großvater annehmen. Damit nun aber er seine Qualität als suus ex substitutione wirksam machen kann, muß das Testament, worin sie angeordnet war, giltig geblieben, also noch kein oder ein todtes Kind geboren sein. In diesem Falle wird also der Enkel das ganze großväterliche Vermögen als suus erwerben. Also paßt auch für die Folgezeit nato mortuo postumo oder nullo nato postumo die Entscheidung Afrikans. Sie paßt aber auch für den Fall, daß die Frau eine glückliche Entbindung hält. Dann wird ab intestato der Enkel seinen Großvater als suus beerben, aber nur die Hälfte, ein Drittel, oder ein Viertel der Erbschaft erlangen, je nachdem nur ein Kind, oder Zwillinge, oder Drillinge von der schwangern Wittwe geboren werden. Aus den Worten also: avo suum heredem futurum läßt sich weder mit Cujacius [77]) annehmen, daß Afrikan in die Zukunft geblickt und den Fall vor Augen gehabt habe, daß ein lebensfähiger postumus zur Welt kommen werde [78]), noch mit Paulus Castrensis und Heinrich von Suerin a. a. O. annehmen, daß die Frau abortirt oder ein todtes Kind zur

77) Tract. IV ad Africanum zu dieser Stelle Opp. priora T. I p. 1346; eben so *Faber* Coniecturae I, 10.

78) *Cuiacius* ist wohl nur durch den in die Zukunft gestellten Ausdruck heredem futurum zu dem Glauben verleitet, als habe Afrikanus auf die Zukunft, wo es sich über die Geburt des postumus bereits entschieden hat, gerücksichtigt. Allein auch den Fall, da der Sohn als Intestaterbe angesehn wird, und zwar zu einer Zeit der richtigen Ansicht nach, wo von der Geburt eines postumus noch gar nicht die Rede sein kann,

Welt gebracht habe, oder mit Andern endlich [79]), daß die Frau eine Schwangerschaft vorgegeben, oder sich fälschlich für schwanger gehalten habe [80]). Denn Afrikan, wie gesagt, spricht nur von dem Momente, wo der instituirte Erbe stirbt.

Eben so wenig ist der zweite Fall, den Afrikan darstellt, von der Beschaffenheit, daß der Jurist bereits die Entscheidung desselben von der Existenz oder der Abwesenheit eines postumus abhängig macht. Dieser zweite Fall unterscheidet sich von dem ersten nur darin, daß dem eingesetzten Haussohn Niemand substituirt ist. Auch in diesem Falle sagt die hinterlassene Ehefrau, sie sey guter Hoffnung, und ehe das Resultat dieser Hoffnung sichtbar wird, stirbt der instituirte Haussohn. Auch jetzt wieder betrachtet Afrikanus das Schicksal des Testamentes nur in diesem Momente des Todes des eingesetzten Erben. Wir müssen es mit dem Namen eines destituti (oder irriti) testamenti belegen. Denn der einzige Erbe ist todt. Daher sagt Afrikan, den verstorbenen Erben könne man in seinem Todesmomente nicht als testamentarischen Erben ansehen, weil es gewiß ist, das Testament wird destitut, sondern nur (was aber Afrikan nicht ausdrücklich ausspricht: zu Gunsten seiner

---

sehn wir mit dem Ausdrucke der Zukunft: heres existet, von Afrikan bezeichnet. Vergl. unten Note 83.

79) Vergl. Cujacius Obss. III, 21 am Anfange.

80) Diese letzte Ansicht möchte wohl die richtigste sein; denn nur unter dieser Voraussetzung stimmt unser Fragment, und zwar dieser erste Fall desselben, auffallend mit den Worten und dem Inhalte des fr. 84 De A. vel O. H. 29, 2 (sed si vacua ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intellegitur) überein.

Erben) als Intestaterben betrachten [80a]). Es nimmt also auch im zweiten Falle Afrikan gar nicht darauf Rücksicht, ob später ein lebensfähig geborner postumus auch als Intestaterbe auftritt, da jetzt kein Testament mehr zu rumpiren ist, oder ob die Frau abortirt, oder ein todtes Kind zur Welt bringt, oder nur für schwanger sich hielt oder ausgab.

Die Worte, daß der Instituirte **interim non nato postumo** sterbe, sind daher in der weitesten Bedeutung zu nehmen, und vielleicht am richtigsten so zu übertragen: wenn in der Ungewißheit, ob ein **postumus** geboren wird, der instituirte Erbe stirbt. Cujacius [81]) und mit ihm Francke [82]) wollen nun aber durchaus, daß Afrikan hier nur eine glückliche Entbindung im Sinne gehabt habe. Denn sonst, meinen sie, hätte der Sohn nicht im Augenblicke seines Todes als Intestaterbe angesehen werden können, sondern es heißen müssen, der Sohn würde als testamentarischer Erbe angesehen. Cujacius beruft sich sogar für seine Meinung auf **fr. 84 De A. vel O. H. 29, 2** ungeachtet es gerade da heißt: **quamdiu**

80a) Als Intestaterben nimmt ihn auch *Iauch* de negationibus p. 189. Afrikan selbst führt als Analogie für diese Entscheidung noch an, daß, wenn ein Haussohn unter einer Potestativ=Bedingung instituirt ist, diese aber nicht erfüllt und stirbt, er als Intestaterbe angesehn werden soll. Eine Ansicht, die Papinian in fr. 28 De cond. inst. 28, 5 (legitimus patri heres exstiterit) uns erhalten hat. Eben da kommt auch der von Afrikanus aufgestellte Unterschied, ob der eingesetzte Haussohn einen Substituten gehabt habe oder nicht, zur Sprache. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. 13 quaest. Papin. zu diesem Fragmente in Opp. post T. I p. 347 ff., vorzüglich p. 353 und Francke das Recht der Notherben S. 53, 54 Note 19 und S. 89.

81) Obss. III, 21.

82) a. a. O. S. 89.

rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas, also auch dem instituirten Sohne, so lange noch ein postumus geboren werden konnte, die testamentarische Erbfolge selbst im Moment seines Todes nicht angeboten werden konnte [83]).

Sehen wir nun darauf, wie in diesen beiden Fällen für die Erben des instituirten Haussohnes gesorgt war, wovon Afrikan selbst aber gar nicht spricht, so war im ersten Falle die Dazwischenkunft einer Fiktion gar nicht nöthig, da der Sohn, zugleich als natürlicher Erbe des Haussohnes, schon durch die vom Großvater angeordnete Substitution zur großväterlichen Erbschaft gelangte [84]). Im zweiten Falle hingegen war vom Großvater nicht so gesorgt. Hier aber kam dem Großsohne die von Afrikan aufgestellte Fiktion zu Statten, der instituirte Sohn sey Intestaterbe seines Vaters im Moment seines Todes gewesen, und ihm daher als suus die Erbschaft ganz oder zum Theil erworben. Daher muß man sagen: die schon vom Vater (freilich per fictionem) erworbene Erbschaft

83) *Cuiacius* a. a. O. behauptet auch, daß das Testament ruptum agnatione postumi bereits im Moment des Todes des instituirten Erben gewesen sey. Darin hat er vollkommen Unrecht. Denn nato non postumo konnte ja das Testament nicht rumpirt sein, sondern, sobald es durch den Tod des instituirten Erben gewiß war, daß kein testamentarischer Erbe succediren könne, war das Testament destitut geworden. Diese richtige Ansicht hat auch *Cuiacius* bereits in seinem Tractatus IV ad Africanum zu unsrer Stelle Opp. priora T. I p. 1346 und in den Recitt. in lib. 41 Pauli ad Edictum zu fr. 4 De B. P. contra tabb. in Opp. post. T. II p. 637. Diese richtige Ansicht hat ebenfalls *Iauch* de negationibus p. 189.

84) Francke Das Recht der Notherben. S. 91 Note 5.

fällt nun dem Erben des verstorbenen Erben zu [85]), und nach unserer Ansicht von dem Transmissionsrechte, als einem Wahlrechte, ist daher hier gar keine Transmission vorhanden.

Wir kommen nun zur Erklärung des fr. 84. De A. v. O. H. 29, 2 [86]). Während Afrikan seine Leser darüber in Zweifel gelassen hat, ob die Frau wirklich einen postumus erzeugen wird, oder nicht, unterscheidet hier Papinian ausdrücklich beide Fälle [87]). Er stellt zuerst im Allgemeinen folgenden Fall auf. Jemand stirbt mit Hinterlassung einer Frau, die sich schwanger meldet, und mit Hinterlassung eines Testamentes, worin er bei der Erbeseinsetzung an die Möglichkeit eines postumus gar nicht gedacht, sondern einen suus, einen eman-

85) Dieß ist auch die Ansicht von *Cuiacius* ad Africanum a. a. O. p. 1346.

86) Papinianus libro XVI Quaestionum. Ventre praeterito, si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit: quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas: sed si vacua (so Schrader in der Tübinger kritischen Zeitschrift Bd. III. S. 347, nicht, wie jetzt wieder Beck in seiner Ausgabe hat: vacuo) ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnatem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est: quia, sive frater ei nascatur, sive non nascatur, heres ei futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui (vielleicht ist durch Gemination zu lesen quia) alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

87) Fabers Meinung Coniecturae I, 10 ist zwar die, bei Papinian sey es ungewiß, ob plenus oder nicht der venter sey; allein daß hier von Papinian zwei Fälle: pleno ventre und vacuo ventre, unterschieden werden, wird außer Faber wohl Niemand leugnen.

cipatus, oder einen extraneus[88]) instituirt hatte. Er entscheidet zuerst den Fall, daß die Frau wirklich schwanger ist, indem er sagt: so lange es noch zu erwarten steht, daß durch die Geburt eines postumus das Testament rumpirt werde, darf keiner der genannten Erben die Erbschaft aus dem Testamente erwerben, noch weniger also, wenn durch die Geburt eines postumus das Testament wirklich rumpirt wird. Wenn nun, fragt Papinian am Ende der Stelle, der suus vor der Geburt des postumus stirbt, soll er gar keine Rechte auf seine Erben übertragen? Die Antwort lautet dahin: da er auf jeden Fall, mögen ihm Geschwister geboren werden oder nicht, Erbe werden müßte, so schien es Unbilligkeit, wenn ihm ohne seine Schuld ein Versehen des Vaters — die Uebergehung des postumus im Testamente — alle Rechte entziehen sollte. Zwar wurde diese Billigkeit nach strengem Civilrechte nicht anerkannt; indem sonst Papinian nicht gefragt haben würde: nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Papinian hat hiebey wohl nur extranei heredes des suus im Sinne. Denn der suus des filiusfamilias würde als Salvianus postumus angesehen werden können[89]), und daher zugleich mit dem postumus als Inte-

88) Filius, qui fuit emancipatus aut exter heißt hier wohl nicht: ein emancipatus oder ein extraneus, sondern: ein Haussohn, ein emancipirtes Kind, oder ein Fremder. Dieß geht aus den folgenden Worten unleugbar hervor, wo der filius in familia retentus, der emancipatus und der exter wieder neben einander gestellt werden. Auch nachher ist filius schlechthin in unserm Fragmente wieder der Haussohn, wie in Ulpians Titeln XX, 4: filio familiam emente, nicht familiae. Vergl. *A. Schilling* Animadv. criticae ad Ulpiani fragmenta Spec. IV p. 11. Vergl. *Smallenburg* in *Schultingii* Notae ad Digesta T. I p. 328 Note 7.

89) fr. 29. §. 15. §. 16. De lib. et post. 28, 2; *Gabrielis de*

staterbe auftreten dürfen. Wenn aber der Haussohn keinen suus als Erben hinterließ, so war für solche Erben gar nicht gesorgt[90]). Daher wurde mit Rücksicht auf diese extranei heredes dem instituirten Haussohne noch während der Ungewißheit, ob ein lebensfähiger postumus zur Welt komme oder nicht, vom Prätor eine decretalis bonorum possessio[91]) gegeben, deren Vortheile denn auch auf alle seine Erben übergingen. Anders ist die Supposition von Francke[92]). Dieser meint, Papinians Ansicht würde dadurch nur vor einem Widerspruche mit der von Afrikan bewahrt, wenn man fr. 84 nicht

---

Gast Comm. in. tit. Cod. de impub. subst. in *Meermann* Thesaurus T. VI. p. 751. Francke das Recht der Notherben S. 39.

90) Dieß scheint auch v. Löhr's (a. a. O. S. 445. a. E.) Ansicht zu seyn.

91) Daß in unserer Stelle decretum durch decretalis bonorum possessio erklärt wird, kann nicht Anstoß erregen, trotz Dem, daß Bartolus darum es leugnet, weil hier nur von hereditas, nicht vom prätorischen Erbrechte die Rede sey, Angelus unter dem Dekrete eine in integrum restitutio und Alciat Parerga lib. III. cap. 14. ein Dekret des Richters in der eigentlichen Bedeutung des Wortes hier annehmen. Denn daß die contra tabulas bonorum possessio, welche Paulus in fr. 5. De B. P. contra 37, 4 und vielleicht auch Ulpian in fr. 10. §. 6. D. eod. ohne den Zusatz decretalis anführen, mit diesem Zusatze bezeichnet werden muß, geht deutlich genug aus ihrem Zwecke hervor. Sie sollte ja zum Schutze eines Erbrechtes für Jemand dienen, der noch im Augenblicke nicht im Stande war, eine bonorum possessio zu agnosciren. Vergl. Löhr a. a. O. S. 437, 447. ff.; Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abth. I. S. 70. Auch bereits *Accursius* zu dieser Stelle, *Duaren* Opera omnia p. 452 und *Cuiacius* Recitt. in Cod. lib. V. tit. 30. in Opp. post. T. V. p. 925 nahmen eine solche bonorum possessio hier an.

92) Das Recht der Notherben S. 90, 91. S. 94.

von dem Falle verstehe, daß der Haussohn zum alleinigen Erben, ohne Miterben und Substituten, eingesetzt sei. Denn wenn man annehmen wollte, er sey zum alleinigen Erben ernannt, so müßte ja der suus nach Afrikan im Momente seines Todes als Intestaterbe gelten, und auf solche Weise seinem Erben die Erbschaft, als eine bereits angetretene, überlassen. Allein hat denn Afrikan wirklich den Fall vorausgesetzt, daß die Frau pleno ventre war? Nach unserer Erklärung jener Stelle mußte dieß vollkommen zweifelhaft bleiben, so lange man die Stelle Afrikans für sich allein betrachtete. Man mußte sich aber für die entgegengesetzte Voraussetzung, nemlich dafür, daß die Frau vacuo ventre gewesen, erklären, sobald man, wie gesagt, die Worte unseres Fragmentes: si vacua ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur, hinzunimmt. Denn durch diese Worte wird ja gerade die Unbestimmtheit bei Afrikan darüber gehoben, ob in dem Falle, wo der Sohn als alleiniger Erbe ohne Substituten ernannt war, Afrikan sich die Frau des Testirers als wirklich schwanger gedacht habe oder nicht, indem Papinian nur für den letzten Fall, wenn die Frau wirklich nicht schwanger war, wegen der Destituirung des Testamentes den eingesetzten Erben im Augenblick seines Todes als Intestaterben betrachtet. Die hier von Papinian angebotene decretalis bonorum possessio wird nicht näher bezeichnet; denn erst der Erfolg der Geburt zeigt, welche es sey. Kommt ein lebendiger oder lebensfähiger postumus zur Welt, so ist es die contra tabulas bonorum possessio [93]); wird das Testament nicht rumpirt, indem die Frau abortirt, oder

93) Und zwar steht diese gleich bei der Geburt des postumus zu fr. 10. §. 6. De B. P. contra tabb. 37, 4.

ein todtes Kind zur Welt bringt, so ist es die secundum tabulas bonorum possessio [94]). Dasselbe Recht weist auch Papinian dem emancipatus zu. Denn überlebte dieser die Entscheidung, und es wird ein postumus geboren, so ist iure civili dieser postumus Alleinerbe; jedoch iure praetorio würde auch der emancipatus commisso per postumum edicto die contra tabulas bonorum possessio haben, und beide sich die Erbschaft theilen [95]). Für die Erben des emancipatus, mochten diese sui oder extranei sein, war aber gar nicht gesorgt. War der emancipatus vor der Entscheidung, ob ein postumus geboren werde oder nicht, gestorben, so hatte er weder die hereditas antreten, noch eine ordinaria bonorum possessio agnosciren können. Daher war, damit die Erben des emancipatus etwas erhielten, immer [96]) diese decretalis bonorum possessio nöthig, die im Falle, daß sich der emancipatus ihrer nicht bedient hätte, noch von seinen Erben agnoscirt werden konnte. Daß dem extraneus oder seinen Erben zu Hilfe gekommen werden soll, sagt Papinian in unserer Stelle gar nicht, und offenbar ist diese Ansicht aus dem Gesagten auch gar nicht zu vertheidigen.

Jetzt entscheidet Papinian den zweiten Fall, den nemlich, daß die Frau sich oder Andere in Beziehung auf ihre Schwangerschaft getäuscht hat. War der eingesetzte Erbe der Haussohn, und er stirbt, bevor es sich zeigt, daß die Wittwe Wind

---

94) *Cuiacii* Recitt. in lib. 16. Quaest. Papin. ad. fr. 84. D. 29, 2. in Opp. post. T. I. p. 414.

95) fr. 16. De legatis praest. 37, 5. *Cuiacius* a. a. O. p. 413. Der emancipatus muß nur noch außerdem die Legate an exceptae personae zahlen. Gans Scholien zum Gajus S. 319.

96) v. Löhr a. a. O. S. 445. a. E.

gemacht, so wird er, wie wir bereits durch Afrikan wissen, im Momente seines Todes als ein Erbe fingirt, der ab intestato die Erbschaft, und zwar die ganze, angetreten habe, so daß er also sein erworbenes Erbrecht auf seine Erben übertrug [97]). Wenn dagegen der emancipirte Sohn stirbt, bevor er weiß, daß die Frau sich oder Andere in Irrthum versetzt hat, so kann er nicht die Erbschaft antreten, wie hier Papinian ausdrücklich sagt: non possunt hereditatem quaerere [98]), ja wie Ulpian von einem solchen Falle sagt [99]), sie dürfen auch nicht die edictalis bonorum possessio nachsuchen. Aber die decretalis bonorum possessio vorläufig zu agnosciren, und deren Vortheile auf seine Erben übergehen zu lassen, mochte Papinian gewiß nicht hindern, zumal da diese contra tabulas bonorum possessio sich durch den Erfolg in eine secundum tabulas verwandelt [100]). Dagegen den Erben des

97) fr. 30. §. 6. De A. vel O. H. 29, 2. Suum heredem, certum est, ex asse heredem esse, etsi putet praegnatem esse mulierem, quae non est praegnas. — Schulting Notae ad Digesta ed. Smallenburg. T. V. p. 149. meint, der suus müsse als heres ex testamento angesehn werden. Eine Ansicht, der Alles widerspricht.

98) Eben so sagt auch Paulus in fr. 4. §. 3. De B. P. contra tabb. 37, 4. vom emancipatus in einem solchen Falle: nec hereditatem interim adire potest.

99) fr. 30. §. 1. De A vel O. H. 29, 2. Proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnas est, aut putatur esse, adire hereditatem non potest; sed si scit, non esse praegnatem, potest.

100) Der emancipatus würde also auch utroque casu, wie der suus die Erbschaft haben, aber nur im Falle, daß kein lebendiger postumus geboren wird, die ganze Erbschaft. Hat nicht etwa Papinian mit dem Ausdrucke omnimodo die ganze Erbschaft bezeichnen wollen, so muß man annehmen, daß unter alterutro casu hier utroque casu verstanden wird,

instituirten extraneus kann nicht einmal auf diesem Wege geholfen werden. Denn nach fr. 30 §. 1 §. 2 De A. vel O. H. 29, 2[101]) kann Wer nicht Kindesrechte hat, also jeder extraneus, so lange er glaubt (oder weiß), es werde ein postumus zur Welt kommen, gar nicht eine hereditas antreten, oder eine edictalis bonorum possessio agnosciren. Und eine decretalis bonorum possessio gab der Prätor einem extraneus nie. Daher kann er auch nicht auf seine Erben transmittiren[102]). Zwar will Cujacius zu unserer Stelle[103]) den extraneus eine decretalis bonorum possessio secundum tabulas auf seine Erben transmittiren lassen; jedoch

---

wie bei Columella (Praef. cap. 12. necessarium fuit alterutrum, foris et sub dio esse) bei Ulpian fr. 1. §. 3. D. uti possidetis 43, 17. alteruter se magis possidere adfirmat. Vergl. v. Savigny Besitz Fünfte Ausgabe S. 349) und in der Grabschrift des Kanonikus Bazianus (Summus in alterutro doctoris iure. Vergl. v. Savigny Geschichte des Römischen Rechtes im Mittelalter Bd. 5. S. 210. Note 11). Auch Cujacius Tractatus IV. ad Africanum zum fr. 16. De liberis in Opp. priora T. I. p. 1348. nimmt alteruter hier für uterque.

101) Nach den in Note 99. angeführten Worten fährt Ulpian so fort: accipe proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. Et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent. Et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est. Quoniam mortis tempore, qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus, et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur. §. 2. Sive igitur putem praegnatem, sive sit re vera praegnas, quae eum paritura est, qui suus heres futurus est, adire hereditatem non possum.

102) *Cuiacius* Obss. III, 21. Extero instituto heredi non succurritur; et ideo si interim decedat, heredi suo ex ea causa nihil relinquit.

103) In seinen Opp. post. T. I. p. 413, 414, 416.

eine solche Berechtigung gewährt Papinian nur in dem Falle, daß ein lebender Unmündiger als präterirtes Kind ex Carboniano edicto die contra tabulas bonorum possessio nachsucht [104]). Cujacius ist auch bereits in den Observationen III, 21 der richtigen Ansicht. Denn da alle Transmissionsfälle bis auf Justinian singularia iura enthalten, so ist auch alles Argumentiren von einem Falle auf den andern unzulässig. Höchstens kann den Erben des extraneus im äußersten Falle eine Klage gegen die Frau gestattet werden, wenn sie fälschlich für schwanger sich ausgab [105]).

X. Ulpian stellt folgenden Fall auf [106]), welcher erst seit der Sanction des Orphitianischen Senatusconsultes eintreten konnte [107]). Eine Mutter stirbt. Man weiß aber im Augenblicke nicht, ob sie als sui iuris oder als filiafamilias gestorben, da ihr Vater längst in feindliche Gefangenschaft genommen wurde. Sterben nun die Kinder, welche aus dem

---

104) Vergl. oben № VIII. Note 69. ff.

105) fr. un. D. si mulier ventris nomine in possessessione calumniae causa esse dicatur 25, 6; v. Löhr in seinem und Grolman's Magazin Bd. II. S. 447.

106) Diesen Fall der Transmission der Erbschaft erwähnt nur Cujacius Recitt. in Quaest. Papin. lib. 16. zu fr. 84. De A. vel O. H. in Opp. post. T. I. p. 414.

107) fr. 1. §. 1. D. ad Senatusconsultum Tertullianum 38, 17. Ulpianus libro XII. ad Sabinum. Si ea sit mater, de cuius statu dubitatur, utrum materfamilias sit, an filiafamilias, utputa quoniam pater eius ab hostibus captus sit: si certum esse coeperit, matremfamilias esse, liberi admittentur. Unde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri eis per Praetorem debeat: ne si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant? et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.

Grunde nicht angetreten hatten, weil es ungewiß, ob sie eine materfamilias zur Zeit ihres Todes gewesen sey, so transmittiren sie der Strenge nach ihr Intestaterbrecht nicht auf ihre Erben. Darum muß aber, weil Dieß zu hart schien, der Prätor ins Mittel treten, und, was freilich Ulpian hier nicht sagt, eine decretalis bonorum possessio unde liberi, also eine bonorum possessio intestati ihnen noch während der Ungewißheit über den status der Mutter auf den Fall geben, daß sie sich später als sui iuris ausweist. Diese bonorum possessio geht dann auf ihre Erben über, oder kann auch erst von diesen geltend gemacht werden. Haben sie aber die Mutter überlebt, und aus andern Gründen die Antretung verzögert, so findet keine Transmission Statt [108]).

XI. Einen Fall der Transmission der Erbschaft finden wir auch [109]) von Paulus erwähnt [110]). Er trägt Folgendes vor. Wenn Jemand mit Hinterlassung eines emancipirten oder eines noch in der väterlichen Gewalt befindlichen Sohnes und einer schwangern Frau stirbt, im Testamente aber nur den lebendigen Sohn, nicht auch den postumus instituirt hat, so kann nach strengem Civilrechte der emancipatus vor der Geburt des postumus die Erbschaft nicht erwerben, und wenn

---

108) c. 2 C. De SCto Orphitiano 6, 57. Non pro numero superstitum mortis matris tempore, sed succedentium, materna scinditur hereditas. Quapropter si mater vestra te, et uno fratre emancipatis, duobus autem aliis in patria positis potestate superstitibus, diem functa est: et hi, qui in potestate patris fuerant, priusquam maternam hereditatem sibi quaererent, rebus humanis exemti sunt, inter duos tantum viriles non ambigitur factas portiones.

109) Wie bereits oben Note 22 angedeutet war.

110) fr. 4 §. 3 De B. P. contra tabb. 37, 4. Paulus libro 41

er etwa vor der Niederkunft seiner Stief- (oder rechten) Mutter stirbt, so können auch seine Erben auf die ihrem Erblasser nur deferirte, nicht erworbene, Erbschaft keinen Anspruch machen. Daß er nemlich die Erbschaft nicht erwerben kann, ist aus zwei Gründen deutlich. Einmal nemlich, wollte er als testamentarischer Erbe die secundum tabulas bonorum possessio anstellen, so würde ihm diese vom Prätor verweigert werden, weil die contra tabulas bonorum possessio, welche nach der Geburt des postumus angestellt werden konnte, ihr vorgeht. Diese letztere aber konnte der emancipatus ebenfalls nicht eher anstellen, als commisso per postumum edicto, also ebenfalls erst nach der Geburt des postumus, und die hereditas konnte er nicht in Anspruch nehmen, weil das Testament noch rumpirt werden konnte [111]). Gegen dieses strenge Recht, das eine offenbare Härte gegen den emancipatus enthielt, erklärte sich der Prätor nach dem Zeugniß von Paulus und gab sowohl dem emancipatus schon vor der Geburt des postumus das Recht eine contra tabulas bonorum possessio nachzusuchen, als auch den Erben des emancipatus, wenn derselbe, ohne sich dieses Rechtes zu bedienen, gestorben

---

ad Edictum. Si quis eum, qui in utero est, praetermiserit: etiam nondum nato eo, alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest: quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest: nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus: ut, et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat, quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.

111) fr. 84 De a. vel o. h. 29, 2. quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas; §. 7 I. de heredum

war, das Recht, dieselbe bonorum possessio aus der Person ihres Erblassers nachzusuchen. Es könnte scheinen, als wenn Paulus hier eine Transmission der Erbschaft zu Gunsten jedes eingesetzten Erben, sey er suus oder emancipatus oder extraneus, zulassen wolle, indem er von einem alius, qui heres institutus est, spricht. Daß aber hierunter nur agnatische Descendenten[112]) verstanden werden können, geht aus dem Verfolge der Darstellung des Paulus mit Gewißheit hervor, weil daselbst diesem alius die contra tabulas bonorum possessio[113]) zugestanden wird, die keinem extraneus, auch wenn er instituirt gewesen war, zustehen konnte[114]). Paulus bemerkt hier, dem suus und seinen Erben sey dieß beneficium nicht so nöthig, als dem eingesetzten emancipatus. Dieß wird auch leicht erklärlich, weil der emancipatus, wie Paulus sagt, bis zur entscheidenden Geburtsstunde (interim) auch nicht die hereditas erwerben und daher die hereditas nondum adita auch nicht vererben kann. Daher mußte der Prätor mit seiner bonorum possessio diesem emancipatus, und wenn Dieser sie zu erbitten versäumt hatte, dessen Erben beistehen[115]). Der suus bedurfte für sich eines solchen Beistandes des Prätors

---

qualitate 2, 19.... dummodo sciat eum, in cuius bonis pro herede gerit, testatum, intestatumve obiisse.

112) Francke a. a. O. S. 92, S. 122; Vergl. *Donellus* Commentarii 7, 4.

113) v. Löhr a. a. O. S. 446, 447 Note 1 und Francke a. a. O. S. 92 glauben in unserer Stelle ein Fortschreiten des prätorischen Edikts seit Papinian zu erkennen. Während nämlich Papinian, so wie schon Julian, dem instituirten emancipatus selbst eine decretalis bonorum possessio einräumen, scheint zu des Paulus Zeiten ihnen die hier in Rede stehende B. P. schon ein ordinarium remedium, eine edictalis B. P., geworden zu sein.

114) Francke a. a. O. S. 123 ff.

115) fr. 5 De B. P. contra tabb. 37, 4. s. oben Note 21.

zunächst nicht. Denn sobald der Testator starb, war der instituirte suus ipso iure heres, und es hing nur von dem Ausfalle der Schwangerschaft ab, ob er dann die Erbschaft ex testamento ganz allein behalten, oder sie mit einem postumus ab intestato theilen durfte[116]). Als Intestaterbe galt er übrigens schon vor der Geburt des postumus im Moment seines Todes[117]).

XII. Paulus soll nach der Erwähnung Justinians[118]) vorzüglich in seinen Quästionen die Ansicht aufgestellt haben, daß, wenn ein filiusfamilias über seine väterliche Erbschaft deliberirend versterbe, er seine väterliche Erbschaft auf seine Nachkommen transmittiren könne. Nun sagt zwar Justinian, es wäre noch manches Andere diesen Personen Eigenthümliches dabei hinzugesetzt, was er aber hier übergehe. Er wolle nur verordnen, daß eine Deliberation mit solcher Wirkung auch

116) fr. 30 §. 6 De A. vel O. H. 29, 2; c. 3 C. de iure deliberandi 6, 30. Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuit potestate, sive ex asse heres institutus est, etiam clausis tabulis heres potuit existere: sive ex parte, nihilominus statim suus ei heres existit.

117) fr. 16 De lib. et post. 28, 2. S. oben Note 73.

118) c. 19 C. de iure deliberandi 6, 30. Cum in antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Iulii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere: et aliis etiam quibusdam adiectis, quae in huiusmodi personis praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos, duximus esse protelandam. Justinian sagt damit, wie bisher die filiifamilias behandelt wurden, daß sie transmittirten, so soll jetzt jeder Erbe behandelt werden; und wie sie bisher auf ihre Descendenten transmittirten, so sollen jetzt alle Erben auf alle ihre Erben transmittiren können.

allen andern Erben, als wie den Haussöhnen zustehen und auf alle Erben übergehen solle.

Wir haben bisher beim suus nur die Fälle vor Augen gehabt, daß er die ihm zugefallene Erbschaft nach strengem Civilrechte nicht erwerben konnte, weil er ungewiß war, ob er ex testamento oder ab intestato erben sollte, daß aber desenungeachtet die Erbschaft selbst als eine ihm ipso iure erworbene auf seine Erben überging. Hier aber ist gerade davon die Rede, daß der Haussohn die Erbschaft nicht ipso iure erwirbt, also seinen Charakter als Haussohn nicht hat.

Die Vermuthung von Thibaut[119]), daß hier der Haussohn ein solcher sey, der abstinirt und nachher noch ein spatium deliberandi erbeten hat, wird zwar nicht durch die Bemerkung von Marezoll[120]) entfernt, daß nirgends sich eine Spur davon finde, daß ein suus, der nach dem Abstiniren eine Deliberationsfrist sich erbeten, anders in Rücksicht der Transmission behandelt wäre, als extranei. Denn wie! und dieß ist gerade die Ansicht Thibauts, wenn nun die c. 19 gerade diese einzige Spur der andern Behandlung enthält? Vielleicht aber könnte man dagegen einwenden, daß ein abstinirender Haussohn doch immer nach Civilrecht[121]) als heres gelte[122]), und daher sein ihm ipso iure erworbenes Erbrecht auf alle seine Erben, nicht bloß in suam posteritatem transmittire. Marezoll's Meinung dagegen a. a. O., daß der

---

119) Versuche Bd. II № 7 S. 178 ff.

120) In seiner und Linde's Zeitschrift Bd. II S. 87.

121) Anders nach prätorischem Rechte fr. 12 pr. De interrog. 11, 1.

122) fr. 30 §. 10 De fideic. lib. 40, 5; fr. 42 De A. vel O. H. 29, 2.

suus hier sein ius abstinendi transmittire, hat denselben Einwand gegen sich, welchen er selbst gegen Thibaut vorbringt. Denn fr. 7 §. 1 De A. vel O. H. 29, 2., eine Stelle von Paulus, aber ad Sabinum [123]), nicht aus seinen Quaestiones, spricht gar nicht vom deliberirenden Haussohne, sondern von einem filiusfamilias, der gestorben, bevor er sein Erbrecht erfahren. Diese Stelle paßt also gar nicht hieher, wo vom deliberirenden Haussohne die Rede sein soll.

Vielleicht möchte folgende Hypothese sich vertheidigen lassen. Ein Haussohn konnte unter der Bedingung si volet instituirt werden [123a]). War Dieß geschehen, so stand natürlich demselben, wie jedem andern Erben das Recht zu, sich über die Erfüllung dieser Potestativ-Bedingung, und somit über die Antretung der Erbschaft zu besinnen, und wünschte er Erbe zu werden, so bedurfte es der Antretung. Hierin stand durch die bedingte Einsetzung der suus jedem andern Erben gleich. Allein während jeder andere Erbe vor der c. 19, wenn er deliberirend starb, sein Erbrecht gar nicht transmittirte, so sollte nun wenn ein suus unter der Bedingung si volet eingesetzt, während der Deliberation starb, noch seinen Descendenten das Recht zustehen, sich über die Annahme oder Ausschlagung jener Erbschaft zu erklären. Allen seinen Erben stand dieß Recht nicht zu, nur seinen posteris. Denn es heißt ja ausdrücklich: in suam posteritatem hanc sc. deliberandam hereditatem

---

123) Paulus libro I ad Sabinum. Si filius, priusquam sciret, se necessarium exstitisse patri heredem, decesserit, relicto filio necessario; permittendum est nepoti, abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur.

123a) fr. 86 §. 1 De her. inst. 28, 5; fr. 12 De cond. inst. 28, 7.

transmittere[124]). Dadurch aber möchte sich dieß besondere Recht des suus, von welchem Paulus geredet haben soll, in der That mehr der sogenannten Theodosischen, als der Justinianeischen Transmission anschließen[125]), und als Vorläufer jener gesetzlichen Substitution angesehen werden können.

XIII. Für ein Kind, dem eine Erbschaft deferirt ist, mag es noch in väterlicher Gewalt sich befinden[126]), oder auf irgend eine Weise sui iuris geworden sein[127]), kann der Va-

---

124) Diese hier ausdrücklich genannte Beschränkung des Rechts der sui, ihre Deliberation nicht auf alle Erben, sondern nur auf ihre Descendenten zu transmittiren, ist bisher (nur nicht von Duaren in tit. de A. vel O. H. cap. 5 in Opp. omnia p. 450, 451) übersehn.

125) Nicht zu vertheidigen scheint es daher, wenn Thibaut Versuche Bd. II S. 192 von diesem Falle des suus deliberans behauptet, er sei deshalb keine besondere Species der Transmission mehr, „weil jeder heres deliberans innerhalb der impetrirten Frist die ihm angefallene Erbschaft auf seine Erben transmittirt." Auch *Fr. Balduin* de iure novo liber II in der Iurisprud. Rom. et Att. T. I p. 1075 sagt nicht ganz richtig von der c. 19: quod olim singulariter receptum erat in suis heredibus communicat extraneis.

126) c. 18 §. 1 C. de iure deliberandi 6, 30. Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, iure patrio quasi iam infanti quaesita capere. Diese Verordnung ist aus dem ersten Regierungsjahre Theodos des Jüngern, aus dem Jahre 426.

127) c. 18 §. 3 C. eod. Sin vero vel non sit tutor, vel cum sit, ea facere neglexerit, tunc eodem infante in ea aetate defuncto, omnes hereditates ad eum devolutas et non agnitas ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatae: et eo modo ad illas personas perveniant, quae vocabantur, si minime infanti hereditas fuisset delata. Ea vero, quae de infante in potestate parentum

ter die dem Kinde deferirte Erbschaft selbst übernehmen. Es soll hier nemlich, wenn das Kind als infans stirbt, so angesehen werden, als ob es bereits angetreten hätte, quasi iam infanti quaesita[128]). Auch hier, im Falle der sogenannten transmissio ex capite infantiae[129]), kann nicht, wenn das Kind als filiusfamilias stirbt, von einem Erbrechte die Rede sein, sondern wie auch Theodosius in dieser Stelle sagt, von einem capere iure peculii oder patrio iure[130]). Auch im Falle, daß dieses Kind bereits als ein homo sui iuris stirbt, soll ganz dasselbe gelten, also dieß auch nicht als Folge der Beerbung, sondern als Folge des patrium ius eintreten[131]). Daher kann dieser Fall nicht als wahrer Transmissionsfall angesehen werden, wie dieß auch bereits die Ansicht von Marezoll[132]) ist.

---

constituto, statuimus, locum habebunt, et si quacunque causa sui iuris idem infans inveniatur,

128) Vergl *Vincentii Cabotii* Disputationum lib. II cap. 23 in Otto Thesaurus T. IV p. 638. Duaren a. a. O. S. 455, 456 bemerkt mit Recht, daß ein infans in Beziehung auf den Erwerb jeder Erbschaft wie ein suus heres betrachtet werde, aber nur so lange sein Vater noch lebt, der aus der Erbschaft Gewinn ziehen kann.

129) Es ist dieß ihr gewöhnlicher Name. Vergl. z. B. *Donell* Commentarii lib. VII cap. 4; *Warnkoenig* Commentarii §. 1088 T. III p. 373.

130) Eine solche Verwechselung des ius patris und des Transmissionsrechtes war schon oben da in № II Note 26. ff.

131) *Cuiacius* Recitt. in tit. 30 lib. 6 Cod. in Opp. post. T. V p. 804, 805. Doch auch er übersieht die Worte quasi iam infanti quaesita. Thibaut (oder Braun) Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts bemerkt S. 616 zu §. 675, daß durch Novelle 118 Nichts an diesem Rechte der Väter geändert sei.

132) In seiner und Linde's Zeitschrift Bd. II. S. 59.

So wie aber dieser Fall ein Vorrecht der Väter überhaupt ist, so ist der folgende ein Vorrecht der Kinder überhaupt.

XIV. Die sogenannte Theodosische Transmission begreift den Fall, wenn Descendenten von ihren Ascendenten instituirt vor dem Anfalle der Erbschaft sterben, und dieselbe auf ihre Descendenten transmittiren. Ueber keinen der bisher genannten und noch zu nennenden Fälle ist soviel als über diese Constitution [133]) geschrieben; und doch ist bis auf die neueste Zeit darüber mehr als ein Punkt streitig geblieben, so daß es wohl verziehen werden wird, wenn über diese Verordnung eine neue Ansicht aufzustellen versucht wird.

---

133) c. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt. 6, 52. Impp. Theodosius et Valentinianus A. A. Hormisdae P. P. Per hanc iubemus sanctionem in posterum valituram filios, seu filias, nepotes, aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint, in liberos suos cuiuscunque sint sexus, vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere: memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla huiusmodi praescriptione sibi obstante, eam tanquam debitam vindicare. Quod scilicet etiam super legatis, seu fideicommissis a patre, vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis, locum habet. Siquidem perindignum est, fortuitas ob causas, vel casus humanos, nepotes, aut neptes, pronepotes aut proneptes, avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium, vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum. Dat. III. Non April. post Consulatum Protogenis et Asterii. Duaren in seinen Opera omnia p. 454. behauptet, daß diese Verordnung zwölf oder vierzehn Jahre nach

Die Annahme, daß die Descendenten, welche ihr Erbrecht auf ihre Kinder übertragen sollen, im Testamente instituirt sein müssen, ist wohl wegen der Worte des Gesetzes (scriptos heredes) nicht gut zu bezweifeln, und auch jetzt allgemein angenommen[134]. Aber alle übrigen Punkte gehören zu den bestrittenen. So behauptet z. B. Glück[135], daß diese ganze Verordnung nicht auf sui heredes gehe, während Bucher[136] sie gerade ganz umgekehrt auf die unmittelbar in der Gewalt befindlichen Kinder beschränkt. In den Worten des Gesetzes ist gewiß kein Grund zu solchen Beschränkungen vorhanden. Denn es spricht so allgemein, daß durchaus alle Kinder aller Grade, gleichviel ob in der väterlichen Gewalt oder nicht, darunter verstanden werden müssen[137]. Nur die Auslegung, welche

---

der in Note 126 und 127. genannten erlassen sey. Dieß ist aber ein Irrthum, indem das Consulat von Protogenes und Asterius nach den Consularfasten in das Jahr 450, also vier und zwanzig Jahre später fällt.

134) Vergl. z. B. *Voetius* Comm. in Pand. 29, 2. §. 11; Thibaut Versuche Bd. II. S. 181; Glück Zweite Intestaterbfolge S. 97. 98; *Diehl* de transmiss. Theodos. §. 11. Heidelberg. 1814; *Warnkönig* Commentarii §. 1087. № 1. T. III. p. 372. Zum Beweise dieser Ansicht beruft sich *Cuiacius* Recitt. in Cod. VI, 57. in Opp. post. T. V. p. 952. hauptsächlich auf c. 2. C. ad SCtum Orphitianum 6, 57. Die Worte desselben s. oben Note 108.

135) a. a. O. Dieselbe Ansicht theilt Höpfner Commentar §. 546. Niemeyer de transmissione Theodosiana §. 19. geht so weit, daß er alle Kinder, die in der Gewalt des Testator sich befinden, von dem Rechte dieser Verordnung ausschließt.

136) System der Pandekten. Dritte Ausgabe §. 458.

137) So *Duaren* in tit. De A. vel O. H. in Opp. omnia p. 454, und de iure acrescendi lib. II. cap. 17. in Opp. omnia p. 1095; *Cuiacius* zu fr. 16. De liberis in Opp. priora T. I. p. 1347;

einige Juristen von diesem Gesetze machten, zwang sie, eine solche Beschränkung in das Gesetz erst hineinzutragen. Wir werden versuchen, unsere Erklärung auch mit den Worten des Gesetzes in volle Harmonie zu bringen.

Ein zweiter, noch weit lebhafterer, Streit betrifft die Worte ante apertas tabulas defuncti. Uneingeschränkt erklärt sie mit vollem Rechte Hugo [138]) dahin: mag der eingesetzte Erbe vor dem Erblasser oder nach dem Erblasser, nur ante apertas tabulas gestorben sein [139]). Allein v. Löhr [140]), so vortrefflich auch seine Vertheidigung dieser weiten Erklärung ist, scheint zu weit zu gehen [141]), wenn er aus der Regel: sogar alsdann, wenn der instituirte Erbe vor der Delation (Eröffnung des Testamentes) gestorben sey, solle die Transmission Statt finden — schließt: noch vielmehr also muß sie Statt finden, wenn er

---

Bachovius ad Treutlerum Vol. II. Disp. XII. Th. 7. lit. D. p. 734; Wening Ingenheim Buch V. §. 157; *Warnkönig* Commentarii lib. V. cap. 4. §. 1087. während *Pancirolus* variarum lectionum lib. II. cap. 217. der Meinung ist, daß nur die drei ersten Grade der Descendenten vom Gesetzgeber gemeint seyn, eine Meinung, welche troß ihrer Grundlosigkeit selbst *Finestres* in Praelect. Cervar. ad tit. Dig. de A. vel. O. H. Pars II. cap. 10. §. 18. theilt.

138) Siebentes heutiges Römisches Recht S. 163. Ihm stimmt Wening-Ingenheim a. a. O. bey.

139) Der Grund, welchen Thibaut Pandekten §. 675. Note z. dagegen anführt, daß nemlich Theodos nur das caducum aufheben gewollt, ist ungenügend. Denn es steht Nichts entgegen, diese Verordnung auch auch auf Dasjenige, Was in causa caduci war, zu beziehn.

140) Archiv für die civilistische Praxis Bd. II. S. 192...194.

141) a. a. O. S. 195.

später erst nach geschehener Delation sterbe [142]). Consequent ist dieser Schluß [143]) gewiß; denn wo eine hereditas nondum delata schon transmittirt wird, um wieviel mehr eine hereditas iam delata. Allein eben die Grundlage dieses Schlusses, daß von einer Transmission im Gesetze die Rede ist, muß bestritten werden. Gerade der Umstand, daß hier gegen alle bestehende Rechtssätze [144]) eine noch nicht deferirte Erbschaft transmittirt werden soll, erregt gegen die bisher bestehende Theorie Zweifel; und diese Worte ante apertas tabulas defuncti sind nicht zur Vertheidigung dieser Theorie geeignet, indem sie ja ausdrücklich sagen, der Instituirte solle die Erbschaft auf seine Kinder übertragen, wenn er vor der Delation der Erbschaft, die seit der lex Julia et Papia Poppaea erst nach Eröffnung der Testamentsurkunde geschah [145]), stirbt. Vollends aber wird die Sache schwierig, wenn wir die unbestreitbare Hugosche Erklärung dieser Worte annehmen, daß dieß Gesetz auch für den Fall gelte, wenn der eingesetzte Erbe vor seinem Testator stirbt. Denn hier ist ja bei dem frühern Tode des eingesetzten Erben noch keine hereditas vorhanden [146]), also auch keine Transmission derselben möglich [147]).

---

142) Denselben hier gemachten Einwand bringt auch Thibaut (oder Braun) Erörterungen über die bestrittensten Materien S. 618. zur Sprache.

143) Derselbe Schluß hat vielleicht auch den großen Cujacius zu demselben Resultate geführt. Paratitla ad Codicem VI, 52.

144) Duaren a. a. O. p. 451; *Mühlenbruch* Doctrina Pandectarum §. 702. Note 3.

145) c. un. §. 1. C. de caducis tollendis 6, 51.

146) fr. 1. De her. vel. act, vend. 18, 4: fr. 27. De A. vel O. H. 29, 2; Böhmer Rechtsfälle Bd. II. S. 264.

147) *Cuiacius* Recitt. in lib. 6. C. tit. 30. in Opp. post. T. V. p. 923.

Alle diese Schwierigkeiten scheinen zu schwinden, wenn man diese Verordnung aus einem andern Gesichtspunkte, als dem der Transmission, betrachtet, nemlich aus dem einer gesetzlichen Substitution [148]). Der Zusammenhang dieser Theodosischen Verordnung mit der lex Julia et Papia Poppaea ist durch den Inhalt des Gesetzes, und durch dessen Stellung im Constitutionencodex Justinians [149]) deutlich genug bezeichnet, und auch bereits öfters bemerkt [150]). Als eines erlaubten Mittels, das Cadukwerden der Erbschaft zu hindern, bedienten sich die Römer häufiger der Substitutionen [151]), wodurch der Fiskus

148) So nennen sie auch Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 994. Z. 20, 21 und v. Löhr im Archiv für die civilistische Praxis Bd. V. S. 385, 388. Note 14. Der Letztere scheint damit wohl stillschweigend seine ebenda Bd. II. S. 195. aufgestellte Erklärung der Theodosischen Verordnung, wenigstens zum Theil, zurückgenommen zu haben. Vergl. Mackeldey Lehrbuch §. 691. №4.

149) De caducis tollendis heißt die Ueberschrift des ein und funfzigsten Titels im sechsten Buche, und den unmittelbar folgenden Titel bildet unser Gesetz. Wegen dieses Zusammenhanges aber mit dem antiquirten caducum diese Verordnung von Theodos ebenfalls für antiquirt zu erklären, ist gewiß eine verfehlte Ansicht. Walett stellt sie in seinem Pandektenrechte §. 1216. Note 73. auf.

150) Schon *Cuiacius* in Cod. VI, 30. in Opp. post. T. V. p. 925. hat auf diesen Zusammenhang aufmerksam gemacht.

151) c. un. pr. C. de caducis tollendis 6, 51. Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent, ne fiant caduca; et si facta sint, ad certas personas recurrere disponerent. Vergl. Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 934. Z. 9. ff. Daß aber die Substitutionen nicht erst seit der Einführung der caduca vorgekommen sind, zeigen *Cuiacius* Recitt. in Cod. zum angeführten principio dieser Justinianeischen

von der Erbschaft ausgeschlossen wurde. Theodosens Absicht ging nun dahin, für einen Fall, in welchem es besonders billig zu sein schien, auch wenn die am meisten zu Berücksichtigenden, die Descendenten, nicht als Substituten eingesetzt waren (licet non sint invicem substituti) den Fiskus auszuschließen; und er verordnete daher, daß, wenn ein Ascendent seine Descendenten zu Erben eingesetzt, und keine Substitution zu Gunsten der Descendenten des eingesetzten Erben angeordnet hatte, dennoch diese Descendenten, gleichviel ob männlichen oder weiblichen Geschlechts, ersten oder entferntern Grades, als gesetzliche Substituten betrachtet werden sollen. Darauf deuten denn auch die Worte des Kaisers: licet non sint invicem substituti, offenbar hin, und damit lassen sich die so bestrittenen Worte: licet ante apertas tabulas defuncti vollkommen vereinen. Gerade wenn bereits im Augenblicke der Delation der Erbschaft der instituirte Erbe bekannt oder unbekannt mit seinem Glücke [152]) gestorben war, gleichviel, vor oder nach dem Testator, wenn nur, zu Theodosius Zeit [153]), vor der Eröffnung des Testaments; dann sollte der Substitut an seine Stelle treten, und für substituirt sollten hier nicht etwa die Erben des zu früh verstorbenen Erben gelten, sondern seine zu dieser Zeit nächsten Descendenten, gleichgiltig ob sie unmittelbar, ob sie durch Söhne oder durch Töchter, mit demselben verwandt, und daher in dem Verhältnisse von Intestaterben zu ihm standen

---

Verordnung in Opp. post. T. V. p. 912. und Baumeister Das Anwachsungsrecht unter Miterben Tübingen 1829. S. 139, 140. Note 69.

152) *Voetius* Comm. in Pand. 29, 2. §. 11; *Warnkönig* a. a. O.

153) Daher hätte Justinian diese Worte ändern sollen. Vergl. Thibaut (oder Braun) Erörterungen S. 618.

den oder nicht [154]). Denn nicht auf ihre Erben, sondern auf ihre Kinder (in liberos suos) sollten die instituirten Descendenten ihr Antretungsrecht übertragen; nicht aber etwa bereits die Erbschaft selbst, quasi iam quaesita esset [155]). Denn, würde die Erbschaft bereits als erworben betrachtet, so wäre sie dadurch schon Theil des Vermögens der primo loco Instituirten geworden, und müßte dann nach allgemeinen Grundsätzen auf die Kinder übergehen, nur wenn sie zugleich Erben wären. Es sind also hier die testamentarischen Erben, wenn diese nicht die nächsten Descendenten sind, ausgeschlossen, und eben so gut ist dieses Recht nicht auf die Descendenten, welche Intestaterben sind, beschränkt, da der Zusatz zu liberos suos: cuiuscunque sunt sexus vel gradus deutlich zeigt, daß hier nicht etwa auf Suität oder Agnation, die Grundpfeiler der Intestatsuccession zur Zeit von Theodos, gesehen werden soll.

Sterben nun aber die eingesetzten Kinder nach geschehener Delation, so sind sie entweder sui: dann gilt die Erbschaft ihnen augenblicklich für erworben; oder sie sind extranei in diesem Sinne: und hier ist dann zu Theodos Zeit von keinem besondern Rechte weiter die Rede. Anders nach dem Rechte zur Zeit Justinians, der in seiner allgemeinen Verordnung ein Transmissionsrecht jedem instituirten Erben giebt, wenn er nach geschehener Delation vor Beendigung der Deliberationsfrist stirbt. Justinian mag immerhin diese Verordnung von Theodos

---

154) *Voetius* a. a. O. ist freilich dagegen, aber ohne allen Grund. — Diehl scheint vollkommen Recht zu haben, wenn er die Frage: muß der entferntere Descendent, damit er von dieser Transmission Gebrauch machen könne, auch Erbe seines wegfallenden Vaters geworden sein? verneint. Vergl. jedoch Thibaut (oder Braun's) Erörterungen S. 619.

155) wie Niemeyer a. a. O. §. 25. will.

so angesehen haben[156]), als ginge sie auf die Transmission; allein eine solche (unrichtige) Ansicht des Kaisers kann für den heutigen Interpreten kein Gesetz sein.

Uebrigens ist leicht einzusehen, daß diese Ansicht von der Theodosischen Verordnung auch von Wichtigkeit für Beantwortung der Frage ist, ob eine angeordnete Substitution diese Transmission aufhebe oder nicht. Da nemlich diese sogenannte Theodosische Transmission eine gesetzliche Substitution ist, so glauben wir nicht zu irren, wenn wir die Wirkungen beider gleichsetzen. Da nun die Substitution anerkannt eine heredis institutio ist, und bei der heredis institutio die testamentarische Succession der Intestaterbfolge vorgeht, so muß auch bei der Substitution die gesetzliche, wo der Fall für welchen sie durch das Gesetz angeordnet war, eingetreten ist, der vom Testator angeordneten weichen[157]).

XV. Durch die jetzt sogenannte Justinianeische Transmission[158]) ist jedem testamentarischen und Intestaterben[159])

---

156) c. un. §. 5. C. de caduc. toll. 6, 51.

157) Es scheint daher wohl passender, den Inhalt dieser Theodosischen Verordnung in den Lehrbüchern entweder bei den Rechten der Kinder gegen ihre Eltern, oder bei der Lehre von der Substitution vorzutragen, und diese in die gesetzliche und in die testamentarische Substitution zu unterscheiden.

158) c. 19 C. de iure deliberandi 6, 30. Sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur: sed nec aliquid gesserit, quod aditionem, vel pro herede gestionem iudicat, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat; ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa.

159) Thibaut Versuche Bd. II S. 184 hält dafür, dieß Gesetz von

verstattet, wenn er, ohne sich über die von ihm in Erfahrung gezogene[160]) Erbschaftsdelation definitiv erklärt zu haben, stirbt, auf seine Erben das Recht zu transmittiren, daß es ihnen eben so lange noch freistehe zu deliberiren, als ihrem Erblasser, wenn er noch lebte[161]). In keinem Falle darf aber diese Bedenkzeit, gleichviel ob sich der erste Erbe eine Deliberationsfrist erbeten hat oder nicht[162]), vom Augenblicke, daß der erste Erbe

---

Justinian enthalte ein ius singulare, da die Transmission ein exorbitantes Recht sey. Dieser Ansicht kann man nicht beistimmen. Bis auf Justinian war die Transmission allerdings ein ius singulare; allein durch dieß Gesetz wurde sie unter den angegebenen Beschränkungen, hinsichtlich der Wissenschaft und der Zeit, ein ius commune.

160) Vergl. Novelle 158. *Balduinus* de iure novo lib. II in der Iurispr. Rom. et Att. T. I p. 1075; *Voetius* Comm. in Pand. 29, 2 §. 11; Thibaut a. a. O. S. 193, und bei Braun Erörterungen S. 620. Dieserwegen schon möchte die von Balduin a. a. O. lib. III p. 1188, 1189 so ausgesprochene Schilderung nicht ganz richtig sein. Ehemals, sagte er, hatten nur die sui das Recht, ante apertas tabulas die ihnen angefallene Erbschaft auf ihre Erben zu transmittiren, Theodos gab dieß Recht der sui allen Descendenten und Justinian allen Erben.

161) Eine Anwendung dieses Satzes findet sich wahrscheinlich in der ein Jahr später erlassenen c. 7. §. 9. C. de curatore furiosi 5, 70 in den Worten: vel heres eius hoc fecerit. Von dem Augenblicke an, daß ein furiosus gesund wird, und es erfährt, daß ihm eine Erbschaft angefallen, steht ihm selbst, und, wenn er ohne Erklärung stirbt, seinen Erben noch ipso iure ein Jahr zur Deliberation zu. Vergl. Malett Pandekten §. 1065. Note 81.

162) Glück Zweite Intestaterbfolge S. 90. ff; Contius de hered. ab intestato in seinen Opera omnia p. 111. läßt die Transmission ganz gegen die Worte der c. 19. nur in dem Falle zu, daß die Deliberation erbeten ist.

die Delation der Erbschaft erfahren hat[163]), mehr als ein Jahr betragen[164]). Diese Transmission tritt übrigens bei allen Erben des Erblassers, mit Ausnahme der sui, welche auch jetzt keiner Antretung bedürfen[165]), und bei allen Erben des Erben ein[166]).

Da hier der Novelle 158 gedacht werden mußte, so möge, da ihr Inhalt sogar von Thibaut[167]) mißverstanden ist, dieser hier angegeben werden. Eine Wittwe war gestorben mit Hinterlassung einer noch nicht sieben Jahre alten, nicht bevormundeten, Tochter. Auch diese starb sechszehn Tage darauf. Jetzt fanden sich zwei Erbschaftsprätendenten ein; der Bruder der verstorbenen Wittwe, Theklas, und die Schwägerin derselben, Sergia. Für beide entschieden die Richter. Für den Theklas führten sie ein Gesetz von Theodos an, welches vorschreibt, daß, wenn die mütterliche Erbschaft, welche einem noch nicht siebenjährigen Kinde, das keinen Vormund hat, deferirt

---

163) *Duarenus* ad tit. Dig. de A. vel O. H. cap. 2. in Opp. omnia Francof. 1592. p. 426; Donelli Commentarii lib. VII. cap. 4; *Cuiacius* Recitt. in cod. lib. VI. tit. 30. zur c. 18. in Opp. post. T. V. p. 805; *Vincentii Cabotii* Disputationum lib. II. cap. 23. in Otto Thesaurus T. IV. p. 638; *Hellfeld* de transmissione iuris succedendi §. 9. in seinen Opusculis ed. Fischer № XIX. p. 437; *Koch* de iure deliberante §. 14. Giessen 1783; *Mühlenbruch* Doctrina Pandectarum §. 702. Note 11.

164) Dieß prägt noch Novelle 158. ein; sie ist unglossirt.

165) Duarenus de iure accrescendi lib. II. cap. 18. in Opp. omnia p. 1095.

166) Novelle 158. Cap. 1. Vergl. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch. Buch V. §. 157. № 2.

167) Versuche Bd. II. S. 193, 198, 199.

wird, von diesem Kinde nicht angetreten werden könne, sondern daß diese Erbschaft nach dem Tode des Kindes Denen zustehe, welche, wenn das Kind gar nicht existirt, auf die Erbschaft Anspruch gehabt hätten. Für die Sergia dagegen sprach das Gesetz, daß ein Kind, welches reden kann, allerdings die mütterliche Erbschaft vindiciren darf, und eben so das Gesetz Justinians, daß, wenn Jemandem eine Erbschaft deferirt ist, und dieser, bevor er sich über die Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft erklärt hat, stirbt, er dieß Deliberationsrecht auf seine Erben transmittire. Justinian entscheidet sich hier für diese zweite Ansicht, im Falle es bewiesen ist, daß sich Sergia innerhalb eines Jahres nach dem Tode der Wittwe für die Antretung der Erbschaft erklärt hat. Zugleich erwähnt er aber, daß zwischen der Novelle, seiner c. 19 C. 6, 30 und der Theodosischen Verordnung kein Widerspruch existire. Denn das von dem Richter allegirte Gesetz von Theodos trete dann ein, wenn das für die Deliberationsfrist bestimmte Jahr vergangen sey. Was ist nun dieß für ein Gesetz von Theodos? Thibaut meint, es sey hier die sogenannte Theodosische Transmission, also c. un. C. 6, 51 gemeint, und schreibt deswegen dieser Verordnung den Inhalt zu: Descendenten der instituirten Descendenten können die den Letztern angefallene Erbschaft, ohne an eine bestimmte Zeit gebunden zu sein [168]), erwerben, wenn diese auch nach dem ersten Jahre der Wissenschaft gestorben waren [169]); und macht deshalb dem Kaiser Justinian den Vorwurf, daß er in Novelle 158 nicht daran gedacht habe, daß seine eigene c. 19 eine so lange Dauer des Antretungsrechtes

---

168) a. a. O. S. 182.

169) a. a. O. S. 193.

indirekt untergraben habe[170]), indem aus dieser Novelle angenommen werden müsse, daß den eingesetzten Descendenten zur Antretung der Erbschaft nicht bloß ein Jahr nach erlangter Wissenschaft, sondern eine beliebige Zeit[171]), ihnen wie auch ihren Descendenten zukomme[172]). Jedoch Thibaut befindet sich hier sicher im Irrthume. Die gemeinte Theodosische Verordnung ist nicht die c. un. C. 6, 51, sondern die c. 18 C. de iure deliberandi 6, 30, wie ihr Inhalt auf das Deutlichste ergiebt[173]). Darnach haben die instituirten Descendenten und deren Kinder hinsichtlich der Dauer ihres Antretungsrechtes gar keinen Vorzug vor den extraneis, sondern das Recht dieser mittelbaren Descendenten ist ebenfalls in den Zeitraum eines Jahres, wie eines jeden unmittelbaren oder mittelbaren Erben, eingeschlossen. Dagegen ist Justinians Meinung folgende. Wenn aber ein seines Vaters beraubter infans stirbt

170) a. a. O. S. 198.

117) a. a. O. S. 199, S. 204.

172) a. a. O. S. 206.

173) Si infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel avi, vel proavi constituto, vel constitutae, hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre . . . §. 3. Sin vero vel non sit tutor, vel cum sit, ea facere neglexerit, tunc eodem infante in ea aetate defuncto, omnes hereditates ad eum devolutas, et non agnitas, ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatae: et eo modo ad illas personas perveniant, quae vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata . . . §. 4. Si autem septem annos aetatis pupillus excesserit, et priore parente mortuo, in pupillari aetate fati munus impleverit, ea obtinere praecipimus, quae veteribus continentur legibus etc. Dieser letzte Paragraph möchte nach den Aeußerungen Justinians in Novelle 158 fast wie ein Emblem Tribonians erscheinen.

nach Ablauf eines Jahres, seitdem ihm die Kunde der deferirten Erbschaft geworden, gleichviel von Wem diese Erbschaft herrühre, dann solle diese Erbschaft Denen deferirt werden, welche ohne das Dasein des Kindes die nächsten Berechtigten gewesen wären [174]).

XVI. Der Fall, daß der Vater die seinem Haussohne deferirte Erbschaft für sich selbst erwerben kann, wenn das Hauskind sie nicht erwerben will, wird zwar von Huber [175]) zu den Transmissionsfällen gezählt, aber gewiß mit Unrecht, indem nach Justinians Verordnung in c. 8 C. de bonis quae liberis 6, 61 [176]) wenn ein filiusfamilias zum Erben eingesetzt ist, und nicht antreten will, der Vater nicht als Erbe, sondern als Hausvater des Kindes die Erbschaft an sich nimmt [177]). Von einer Transmission auf die Erben des zunächst Berufenen ist daher gar nicht die Rede [178]).

XVII. Justinian schreibt in c. 34 C. de inoff. test.

---

174) *Cuiacius* Recitt. in Cod. VI, 30. ad c. 18. in Opp. post. T. V. p. 805. ist dieser Ansicht.

175) Praelectiones iuris Romani 28, 6. §. 2.

176) In Verbindung steht diese Constitution ganz gewiß mit einer Verordnung von Constantins Söhnen de cretione, wodurch der Einfluß der cretio auf die Erwerbung einer einem filiusfamilias angefallenen Erbschaft durch den Vater verändert, auch bestimmt wird, daß, wenn der Sohn noch als infans, der cretio also unfähig, sterbe, das Vermögen doch dem Vater nicht anfallen solle. Vergl. v. Löhr Erste Uebersicht der Constitutionen der Römischen Kaiser S. 34, 35. Note 1.

177) Vergl. *Donelli* Commentarii lib. VII cap. 9; v. Löhr im Archiv für die civilistische Praxis Bd. II S. 196 ff.

178) v. Löhr a. a. O. Bd. 5 S. 388.

3, 28 [179]) vor, daß auch unvorbereitet die inofficiosi querela auf die Descendenten des ohne genügenden Grund enterbten Pflichttheilsberechtigten übergehen solle [180]). Ungeachtet hier freilich von einer Transmission des Erbrechtes die Rede ist, welches durch die querela geltend gemacht werden soll, so ist doch dieses Recht nicht von der Art, daß es auf alle Erben des Enterbten übergehen kann. Es geht nur auf seine Descendenten über, und paßt daher nicht auf den wahren Begriff der Transmission [181]). Man kann das hier ausgesprochene Recht nur als ein besonderes Recht der Kinder betrachten, gerade wie das Recht, welches man mit dem Namen der Theodosischen Transmission belegt.

Nachdem auf solche Weise alle Fälle genannt sind, welche irgend einmal zu den Transmissionen der Erbschaft gezählt sind, und nachdem bei jedem einzelnen Falle auch zugleich die Frage gestellt und beantwortet ist, ob derselbe wirklich oder nur scheinbar dazu gehöre, bleibt es nun übrig, die allmählige Aus-

---

179) Si quis filium suum exheredatum fecerit, alio scripto herede; reliquerit autem ex eo nepotem vel vivum, vel in ventre nurus suae constitutum: deliberante vero scripto herede filius exheredatus decesserit; nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta, vel praeparata, omne adiutorium nepotem dereliquit..... iubemus, in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habebat, etsi praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere.

180) *Balduinus* de iure novo lib. III in Iurisprud. Rom. et Att. T. I p. 1146; Marezoll in seiner und Linde's Zeitschrift Bd. III № 18 S. 343 ff.

181) Berger und Schröter a. a. O. S. 313 behaupten dieß jedoch.

bildung dieser Lehre näher zu betrachten, und nach Aussonderung der nicht hierher gehörigen Fälle das für unser heutiges Recht gewonnene Resultat darzulegen.

Wie bereits bemerkt, scheint die Lehre von der Transmission der Erbschaft, nach den uns erhaltenen Quellen, zuerst von Julian und zwar für den Fall erwähnt zu sein, daß ein im Testamente instituirter emancipatus wegen der Ungewißheit, ob seinem Testator ein präterirter suus geboren werden wird, oder nicht, bis an seinen Tod nicht hat antreten können (№ I.). Denselben Fall erwähnen auch Paulus (№ XI.) und Papinian (№ IX.). Ja der Letztere giebt (№ VIII.) jedem instituirten Erben das Recht der Transmission im Falle, daß derselbe wegen der Erscheinung eines bisher unbekannten, unmündigen, Sohnes des Verstorbenen, der mit der contra tabulas bonorum possessio auftrat, die ihm zugefallene Erbschaft bis an seinen Tod nicht erwerben kann. Viel weiter ging Ulpian theils in seiner Interpretation des SCti Orphitiani (№ X.), theils in der des SCti Silaniani (№ IV.). Vermöge der ersten gewährte er, wenn der sogenannte status familiae einer Frau nach ihrem Tode ungewiß ward, ihren Kindern, welchen das SCtum Orphitianum ein Intestaterbrecht gegeben hatte, das Recht ihr ius adeundi auf ihre Erben zu transmittiren. Durch die Interpretation des SCti Silaniani gewährte er im Falle, daß nur die Furcht vor der Strafe des SCti den Erben bis zu seinem Tode vom Antritte der Erbschaft abgehalten hatte, mochte der Erbe durch Testament oder durch Gesetz berufen sein, Diesem das Recht der Transmission auf seine Erben.

Die hier in Beziehung auf das SCtum Silanianum stattfindende Transmission ist nicht dem Senatusconsulte selbst, sondern erst dessen Interpretation, wie sie Ulpian aufgestellt

hat, zuzuschreiben. Zur Rechtfertigung des eben Gesagten möge Folgendes dienen. Nachdem Ulpian in fr. 3 § 29 De SCto Silaniano 29, 5[182]) bemerkt hat, daß ein an das Senatusconsult sich schließende Edikt eben so auf testamentarische, als auf Intestaterben sich beziehe, fährt er im §. 30 so fort: Eleganter Scaevola ait[183]), ut quis ad heredem suum utiles actiones transmittat, si forte ante aditionem decessit, exploratum esse debere, idcirco eum non adire, quod SCto, edictoque terreatur. Hier wird also, könnte es scheinen, ganz allgemein einem jeden Erben (si quis), er sei testamentarischer oder Intestaterbe, die Vergünstigung gegeben, wenn nur das SCtum Silanianum Schuld an der Nichtantretung war, sein Erbrecht auf seine Erben zu transmittiren. Dagegen läßt sich aber Folgendes einwenden. Es war unmöglich, daß der hier angegebene, weite Satz in seiner ganzen Ausdehnung schon im Senatsschlusse selbst hätte ausgesprochen sein können, da dieses sich unbestreitbar[184]) nur auf testamentarische, nicht auch auf Intestaterbfolge bezog[185]). Da-

182) Non tantum ex testamento, sed etiam ab intestato hereditas ad hoc Edictum pertinet: ut ne quis adeat, bonorumve possessionem petat, antequam quaestio de familia habeatur; ne heres propter compendium suum familiae facinus occultaret.

183) Vielleicht in seinem im Florentinus Index genannten liber singularis de quaestione familiae.

184) *Cuiacius* Paratitla in lib. 29 D. tit. 5 in Opp. priora T. I p. 820; *Bach* historia iuris lib. III cap. 1 §. 2 p. 357 nach Stockmanns Ausgabe.

185) Wir finden überhaupt sehr häufig im Römischen Rechte, daß Grundsätze, die ursprünglich nur für die testamentarische Erbfolge ausgesprochen waren, später durch Interpretation oder selbst durch Gesetzgebung

her konnte nur die Interpretation diese Bestimmungen erst auf die Intestaterben ausdehnen, und daß dieß früher als durch Ulpian geschehen, davon findet man keine Spur. Wenn er daher dem Scävola, einem Zeitgenossen von Gajus, diese allgemeine Aeußerung si quis u. s. w. in den Mund legt, so ist man gar nicht sicher, ob Scävola wirklich ein so sehr allgemeines für testamentarische und Intestaterben gleichmäßig geltendes Prinzip aufgestellt habe, oder ob dieß erst durch Ulpian geschehen sey. Dieß Letztere wird dadurch wahrscheinlich, daß §. 31 und §. 32 nur von Testamenten sprechen, und Papinian in fr. 4 D. eod. (Vrgl. oben № IV.) in dem speciellen Falle von einer im Testamente instituirten Frau spricht.

Endlich ist noch die Verordnung Justinians zu bemerken, welche vorschreibt, daß jeder Erbe, der innerhalb eines Jahres vom Augenblick der erlangten Wissenschaft seines Erbrechtes stirbt, sein Antretungsrecht bis zur Beendigung dieses Jahres für seine Erben noch offen erhält (№ XV.) [186].

Es entsteht hier nun die wichtige Frage, ob namentlich die vor Justinians Gesetzgebung eben aufgeführten Fälle

---

auf Intestaterben ausgedehnt wurden: so die Berechtigung des Belasteten, welche durch die lex Falcidia geschaffen wurde; der Zwang des Fiduciar aus dem SCtum Pegasianum die Erbschaft anzutreten; so die Pflicht der Descendenten zur Collation.

186) Wenn Thibaut Versuche Bd. I Jena 1798 S. 246 seine dreizehnte Abhandlung so anfängt: „In den ältern Zeiten gab es außer der von Justinian L. 19 pr. C. de iure delib. erwähnten, keine Transmission des Antretungsrechtes .... Theodos machte zuerst eine Ausnahme von dieser Regel zum Vortheil der Descendenten" — so können wir mit keiner dieser Behauptungen übereinstimmen. Auch *Balduin* de iure novo lib. II p. 1076 und *Warnkoenig* Comm. iuris lib. V cap. 4 §. 1087 T. III p. 372 sind mit Thibaut gleicher Ansicht.

der Transmission, welche alle z. B. darin übereinkommen, daß ein von den Erben unverschuldetes, nicht in ihrer Person liegendes, Hinderniß Ursache war, daß sie nicht antreten konnten, eine analoge Anwendung überhaupt, und namentlich eine Ausdehnung auf alle juristische Hindernisse zulassen? Diese Frage ist, wiewohl sie namentlich in der letzten Beziehung ganz allgemein bejaht wird, durchaus zu verneinen. Denn jeder ausdehnenden Erklärung widerspricht durchaus einmal der Charakter dieser Bestimmungen, die unbedingt lauter iura singularia enthalten[187]), sodann aber die ausdrückliche Aeußerung Ulpians in fr. 3 §. 32 De SCto Silan. 29, 2[188]), worin er ganz deutlich sagt, daß, wenn noch ein anderes, selbst juristisches, Hinderniß Ursache der Nichtantretung gewesen war, alsdann die Transmission der Erbschaft gar nicht Statt finden könne[189]).

Versuchen wir nun, nachdem die einzelnen Fälle der Transmission der Erbschaft alle genannt sind, das praktische Resultat dieser Untersuchung für das heutige Recht zu ziehen!

Um auf die Erben sein Transmissionsrecht übertragen zu

---

187) Thibaut Versuche Bd. II S. 184 Note 11. Vergl. oben Note 159.

188) Si et aliud impedimentum sit de non adeunda hereditate, vel aperiendarum tabularum, sit et SCti: nihil prodesse impedimentum SCti, si et aliud fuit.

189) Darum ist auch die Ansicht Alciat's und seiner Zeitgenossen Paradoxa lib. IV cap. 5, Donell's und Schröter's a. a. O. S. 313 zu verwerfen, welche durch Abstraction aus dem Inhalte von fr. 12 De carb. ed. und fr. 42 De bon. libert. behaupten, daß die Transmission überall Statt finde, wenn der Erbe von einem Dritten verhindert wird, die Erbschaft anzutreten, und darüber stirbt.

können, ist durchaus nothwendig, daß der Erbe gewußt habe, er sey zum Erben ernannt. Diese Regel kann für alle Fälle der Transmission streng nachgewiesen werden. Daß in der Justinianeischen Transmission die Bekanntschaft des Erben mit der Delation des Erbrechtes gefordert wird, ist selbst von den Neuern unbestritten [190]). Ganz ausdrücklich wird ferner in den Quellen verlangt, daß, wo das SCtum Silanianum der Antretung hinderlich war, kein anderer Grund als allein die Furcht vor diesem der Grund des Nichtantretens gewesen. Sodann verlangen Julian, Papinian und Paulus, daß der eingesetzte Erbe nur aus dem Grunde nicht angetreten habe, weil Jemand da war oder noch erwartet wurde, der die contra tabulas bonorum possessio nachsuchen wollte. Wenn also dieß der alleinige Grund des Nichtantretens war, so mußten die instituirten Erben natürlich ihre Einsetzung gekannt haben; und eben so wird auch bei den Kindern, die ihre Mutter beerben, nur die status quaestio über dieselbe als die einzige Ursache genannt [191]). Endlich fehlt es auch zum Ueberflusse nicht an einer ausdrücklichen, wohl alle Zweifel lösenden, Gesetzstelle, welche sehr deutlich unsere hier aufgestellte Ansicht als die einzig richtige darzustellen vermag. Lesen wir die c. 7 C. de iure deliberandi 6, 30 [192]), so sagen ja die Kaiser ganz

---

190) Thibaut a. a. O. S. 185 „Von dem Fall, wenn der Erbe den Anfall der Erbschaft nicht erfahren hat, sagt Justinian Nichts, und es bleibt in diesem Falle ganz bei dem alten Recht.“

191) c. 4. C. qui admitti ad B. P. 6, 9. Emancipata, si non agnovit intra annum unde liberi bonorum possessionem, nullam ad heredes vindicationem successionis transmittere potuit.

192) Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Eusobino. Quoniam sororem tuam prius defunctam esse proponis, quam cogno-

unstreitig Folgendes: Weil deine Schwester eher gestorben ist, bevor sie in Erfahrung gezogen, daß ihr ein Theil der brüderlichen Erbschaft überlassen, so liegt es auf ebener Hand, daß sie, weil sie eben deshalb weder eine bonorum possessio agnosciren, noch sich als Erbin betragen konnte, diese Erbschaft nicht auf ihre Erben transmittiren darf[193]). Allgemein wird nun zwar selbst von den Juristen, die in der vorjustinianeischen Transmission nur ein ius singulare erkennen, in zwei Fällen schon vor erlangter Wissenschaft das Recht der Transmission eingeräumt; einmal wenn der erste Erbe ob absentiam reipublicae causa Nichts von der Erbschaft gewußt, und daher nicht hatte antreten können[194]); und zweitens wenn ein im Testamente eingesetzter Descendent, der nicht zu den suis gehört[195]), stirbt, bevor er den Anfall der Erbschaft erfahren[196]). Allein beide Fälle können wir nicht hierher zählen. Denn jener erste Fall, der aus fr. 86 De A. vel O. H. 29, 2 gerechtfertigt werden soll, ist als bloße Wiedereinsetzung

sceret, an a fratre sibi aliquid hereditatis fuisset relictum, manifestum atque evidens est, antequam pro herede gereret, vel bonorum possessionem admitteret, defuncti successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere.

193) Man könnte auch die alte vulgaris cretio, die nur erst an den Tagen zu laufen begann, an welchen der Erbe den Anfall der Erbschaft wußte (quibus scieris Ulpian XX. §. 27. §. 31; Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 566, 567.) für diese Ansicht anzuführen versucht sein.

194) Böhmer Rechtsfälle Bd. II. S. 266; Höpfner Commentar §. 546. Note 4; Thibaut Versuche Bd. II. S. 207. № 1.

195) Denn bei diesen gilt natürlich noch jetzt der ipso iure eintretende Erwerb. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. S. 262, 263.

196) Thibaut a. a. O. S. 206.

in den vorigen Stand zu betrachten [197]), und gehört daher gar nicht hierher. Und der zweite Fall, der durch die c. un. C. de his qui ante apertas 6, 52 seine Beglaubigung erhalten soll, gehört eben so wenig hierher, indem er aus dem Standpunkte einer gesetzlichen Substitution betrachtet werden muß [198]). Nicht alle Erben also des eingesetzten Descendenten gelangen zu dieser ihrem Erblasser angefallenen Erbschaft, sondern nur diejenigen Erben, welche zugleich Descendenten sind. Alle andere Erben, außer instituirte Descendenten, transmittiren in diesem Falle nicht [199]).

Ist dem Erben also, gleichviel ob er durch Testament oder durch Gesetz zur Erbschaft berufen ist, seine Designation zum Erben bekannt geworden, so steht allen Erben, wenn sie innerhalb der gesetzlichen oder erbetenen Deliberationsfrist, oder innerhalb der vom Testator ihnen gesetzten Frist [200]) gestorben sind, das Recht zu, diese noch nicht vollendete Deliberations-

---

197) Vergl. oben № VII.

198) Dadurch wird aber in der That ein praktischer Unterschied begründet. Vergl. Note 154.

199) Durch ein Mißverstehen der c. un. C. de caducis tollendis 6, 51. sagt *Balduin* de iure novo lib. III. in Iurispr. Rom. et Att. p. 1189, eine solche vakant gewordene Erbportion recidit lege Papia ad fiscum. Man vergl. dagegen fr. 9. De suis et legit. 38, 16. Eben so ist es eine falsche Auffassung des fr. 84. De A. vel O. H., wenn Schröter in Siebenkees Juristischem Magazine Bd. 1. S. 313, nach Berger's Autorität, wegen dieses Fragmentes die Transmission auf die Erben gestattet: wenn der Erbe zwar weiß, daß er wird zum Erben eingesetzt werden, aber verstirbt, indem er noch zweifelt, ob er die Erbschaft antreten könne.

200) Thibaut a. a. O. S. 207, 208.

frist auf alle und jede ihrer Erben zu transmittiren, damit Diese sich innerhalb des noch übrigen Zeitrestes erklären. Lassen sie aber diese Zeit ohne Erklärung verstreichen, so ist eine spätere Erklärung von ihrer Seite ganz unwirksam.

Wenn Jemand aber nach Ablauf der erbetenen, der vom Gesetze oder vom Testator gegebenen Deliberationsfrist stirbt, so findet nur in folgenden Fällen Transmission der Erbschaft Statt.

Erstlich. Wenn ein Descendent instituirt und ungewiß ist, ob ein postumus dem Testator geboren werden wird, auf welchen der Testator gar keine Rücksicht genommen, und wegen dieser Ungewißheit der instituirte Sohn nicht antreten kann, und darüber stirbt [201]). Hier transmittirt er sein Antretungsrecht auf seine Erben. Doch ist von dieser Regel noch eine Ausnahme zu machen. Wenn nemlich ein suus instituirt, und in der That die Frau nicht schwanger ist, so gilt der suus schon im Moment seines Todes als Intestaterbe, transmittirt also bereits eine erworbene Erbschaft auf seine Erben.

Zweitens. Wenn gegen irgend einen testamentarischen Erben ein Unmündiger auftritt, der sich für ein erbfähiges Kind des Testators ausgiebt, dessen Kindschaft aber zweifelhaft ist, so soll, wenn vor der Entscheidung des Prozesses über diese Kindschaft und Erbschaft, der eingesetzte Erbe stirbt, derselbe seine Ansprüche auf seine Erben transmittiren. Dieß Transmissionsrecht wird aber nur dann den Erben stets einen Vortheil gewähren, wenn der Eingesetzte ein erbfähiger Descendent des Verstorbenen war, sonst nur in dem Falle, daß der unmündige Prätendent seine Ansprüche nicht durchgesetzt.

---

201) Thibaut a. a. O. S. 206. ist der Ansicht, daß hier die sogenannte Theodosische Transmission Statt finde, was nach unserer Darstel-

Faßt man beide Fälle zusammen, so läßt sich durch Combination folgendes Resultat aufstellen: wenn ein Unmündiger mit der contra tabulas bonorum possessio auftritt, oder die Besorgniß da ist, daß ein noch zu erwartender postumus mit dieser bonorum possessio auftreten werde, und inzwischen der instituirte Erbe stirbt, so soll, wenn ihm selbst durch das erfolgte Resultat die Erbschaft gar nicht oder doch nicht ganz entzogen wäre, sein Recht seinen Erben unverkümmert erhalten bleiben. Die sehr häufige Behauptung[202]) dagegen, daß überall, wo der Erbe durch die Handlung eines Dritten anzutreten gehindert wird, die Transmission eintrete, ist als viel zu umfassend zu verwerfen.

Endlich Drittens. Wenn eine Mutter ohne Testament stirbt, und von ihren Kindern beerbt werden soll; diese aber deshalb nicht antreten können, weil eine status quaestio gegen die Mutter vorgebracht wird, und sie während des Prozesses sterben, so wird das ihnen deferirte Erbrecht auf ihre Erben transmittirt.

Damit sind aber auch alle Fälle der Transmission der Erbschaft nach heutigem Rechte erschöpft. Denn die Bestimmungen des SCti Silaniani sind theils wegen der Nichtexistenz von Sklaven, theils auch deshalb nicht mehr anwendbar, weil es schon genügt, wenn der Erbe das Verbrechen oder den Verdacht desselben der Obrigkeit anzeigt[203]). Die aber außerdem von den Neuern noch hierhergezogenen Fälle sind entweder,

---

lung zu verwerfen ist, da sie nur dann eintritt, wenn der eingesetzte Descendent vor geschehener Delation stirbt.

202) Z. B. von *Alciatus* Paradoxa lib. IV. cap. 5.

203) *Hellfeld* Iurisprudentia forensis lib. 29. tit. 5. §. 1506.

wie № II., XIII. und XVI., Rechte der Väter, oder, wie № X, XII, XIV und XVII, Rechte der Kinder, oder, wie № III, Folgen des Satzes, daß eine Erbschaft nicht theilweise angetreten und theilweise ausgeschlagen werden kann, oder, wie № V., es wird bereits die Erbschaft vom ersten Erben als erworben fingirt, oder endlich, wie № VI. und VII., es können die Erben Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex persona defuncti verlangen.

Wie sich auch aus der Stellung der Lehre von der Transmission der Erbschaft bei den Neuern unter den Wirkungen des Erbschaftserwerbes ergiebt, so scheint die Aufnahme der meisten nicht hierher gehörigen Fälle auf einer Verwechselung der sogenannten objektiven Bedeutung von hereditas mit der subjektiven zu beruhen. Das Römische Recht denkt bei dem transmittere hereditatem nicht an die Erbmasse, sondern an das Erbfolgerecht, und die Römischen Juristen würden daher diese Lehre zur Delation, nicht zur Adonisition der Erbschaft gestellt haben. Denn das Resultat der Untersuchung über die Transmission der hereditas besteht gerade darin, daß man erkennt, das ius adeundae hereditatis sey als eine an der physischen Person des Berufenen haftende Befugniß von den Römischen Juristen betrachtet worden [204]), nicht als Vermögensrecht [205]), das mögliches Objekt der mortis causa suc-

204) *Cuiacius* in tit. 30. lib. 6. Cod. in Opp. post. T. V. p. 924. omnis hereditas personae cohaeret, vel omnis hereditas defertur in personam, non in rem.

205) fr. 63. pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2. Sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto pluris esse, quo pluris venire potest, Pedius scribit: est enim absurdum ipsum me heredem institutum non esse locupletiorem, antequam

cessio sein konnte[206]). Daß sie jene Befugniß nicht für übertragbar auf die Erben ansahen, erklärt sich bei der testamentarischen Succession aus der Aufrechthaltung des letzten Willens des Erblassers; bei der Intestatsuccession dagegen schien diese Erblichkeitserklärung durch die allmählig zulässig gewordene graduum und ordinum successio überflüssig zu sein[207]).

---

adeam; si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiorem effectum: cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat; adquirit nobis certe, cum adierit: esse autem praeposterum ante nos locupletes dici, quam adquisierimus. Vergl. *Alciati* Paradoxa lib. IV. cap. 5, welcher sagt: hereditates in eius personam deferri, quem testator elegerit.

206) Vergl. Weber in Höpfner's Commentar §. 546.

207) Vergl. Glück Intestaterbfolge, Zweite Ausgabe S. 573.

Dritte Abhandlung.

Ueber die noch jetzt geltenden Unterschiede zwischen Cognaten und Agnaten.*)

Mit Unrecht ist wohl hin und wieder die Behauptung aufgestellt worden, als wäre seit den neuesten Novellen Justinians aller Unterschied zwischen Agnation und Cognation und jeder Vorzug der Agnaten vor den Cognaten verbannt [1]). Denn es läßt sich noch eine Reihe von Unterschieden zwischen beiden

*) Bei Rävardus in seinen Varia s. de iuris ambiguitatibus heißt zwar die Ueberschrift des ersten Capitels im fünften Buche de veris agnationum, cognationumque differentiis; der Inhalt aber giebt etwas ganz Anderes.

1) Diese Behauptung z. B. von *Cocceii* Ius civile controversum ad tit. de her. qu. 22. findet nur einigermaßen Unterstützung durch die Worte der Novelle 158. (Prooemium am Ende) nach der Hombergkischen Uebersetzung, nicht aber nach dem griechischen Texte und der Vulgata.

Arten der Verwandtschaft aufstellen; und da diese Verschiedenheiten größtentheils in die Lehre von der Verlassenschaft gehören, so scheint dadurch die Stelle, an welcher hier davon geredet werden soll, gerechtfertigt.

Wenn einem Testamente eine Codicillarclausel hinzugefügt ist, so soll jeder eingesetzte Erbe wählen, ob er aus dem letzten Willen als Erbe oder als Fideikommissar succediren wolle, und die einmalige Wahl des Einen soll ihn unbedingt von dem Andern ausschließen [2]). Von dieser allgemeinen Vorschrift ist aber zugleich eine Ausnahme zu Gunsten der nächsten Verwandten eingeführt, welche mit den Worten des Gesetzes im zweiten Paragraphen so lautet:

Si quis vero ex parentibus utriusque sexus, ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit, vel nuncupatus, in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit obtinere: licebit ei, si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit separatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare: non enim par eademque ratio videtur amittere debita et lucra non capere [3]).

---

2) c. 8. C. de codicillis 6, 36. Es ist dieß eine Verordnung von Theodos, welche namentlich Thibaut Civilistische Abhandlungen S. 154. scharf getadelt hat.

3) Bei den Neuern wird diese Ausnahme sehr verschieden dargestellt. Mackeldey Lehrbuch §. 704. drückt sich so aus: Hat der Erbe einmal gewählt, so kann er die Wahl nicht mehr ändern; nur den agnatischen Descendenten des Erblassers bis zum vierten, und den cognatischen Descendenten bis zum dritten Grade ist dieses erlaubt. Dasselbe behauptet

Ascendenten also und Descendenten des Erblassers, wenn sie Agnaten sind, bis zum vierten Grade, diesen eingeschlossen, wenn sie Cognaten sind, ebenfalls bis zum vierten Grade, diesen aber ausgeschlossen, haben das Recht, wenn sie die Giltigkeit des letzten Willens als Testament behauptet, damit aber entweder gerichtlich abgewiesen, oder aus andern Gründen zurückgetreten sind, diesen letzten Willen wenigstens als Codicill aufrecht zu erhalten[4]). Haben sie jedoch den letzten Willen anfänglich für einen Codicill erklärt[5]), so können sie später nicht, auf das ius variandi sich stützend, den letzten Willen

v. Hartitzsch Römisches Privatrecht S. 493. Nach erfolgter Wahl findet keine Aenderung Statt, außer bei Descendenten des Erblassers als Agnaten bis zum vierten, und als Cognaten bis zum dritten Grade. v. Wening-Ingenheim Gemeines Civilrecht Bd. V. §. 117. äußert sich dahin: der Erbe darf von der einmal gegebenen Erklärung nicht mehr abweichen, nur Ascendenten und Descendenten . . . dürfen variiren. Eben so sagt Lang Lehrbuch der Institutionen §. 455: die einmal gegebene Erklärung ist dann unwiderruflich, ausgenommen für eingesetzte parentes und liberi u. s. w. Thibaut Pandekten §. 786. drückt sich so aus: Die Wahl kann nicht weiter geändert werden, ausgenommen von gewissen dem Erblasser nahe verbundenen Personen. Valett's Meinung, Pandekten §. 1186, ist folgende: Nur wenn Eltern oder Kinder . . . auf dem gewählten Wege überwunden sind, dann können sie noch den andern wählen. Alle diese unter sich abweichenden Meinungen weichen auch von dem Inhalte des oben stehenden Gesetzes ab, entweder darin, daß sie nicht alle berechtigte Personen nennen, oder darin, daß sie ein unumschränktes ius variandi dem Berechtigten gestatten.

4) So *Cuiacius* Recitt. in Codicem lib. 8. tit. 36. in Opp. post. T. V. p. 843; *Mühlenbruch* Doctrina Pandectarum T. III. §. 686. Note 11; *Warnkönig* Comm. iuris Rom. §. 1201. T. III. p. 532, der durch ein Versehen unsere Constitution dem Kaiser Justinian zuschreibt.

5) Weil sie Anfangs etwa einen früheren letzten Willen, worin andere

als Testament aufrecht erhalten, und somit aus Fideikommißerben in direkte Erben sich verwandeln.

Nur Geschwister, die den Vater gemeinschaftlich haben, nicht bloße uterini, haben, wenn sie präterirt sind und eine turpis persona eingesetzt ist, das Recht zur inofficiosi querela. Wenn die hier gewöhnliche Meinung, wornach diesen präterirten agnatischen Geschwistern stets die ganze Erbportion einer instituirten turpis persona zuzusprechen ist, mit der von Francke[6]) vertauscht werden muß, nach welcher diese Brüder der turpis persona nur höchstens die ihnen gebührende Intestatportion entziehen können, da die c. 27 C. de inoff. 3, 28[7]), welche dieses Recht der Geschwister einführt, dasselbe eben in der Anstellung der inofficiosi querela bestehen läßt; so scheint auch die gewöhnliche Behauptung[8]), daß, wenn eine turpis persona und eine honesta eingesetzt ist, gegen die letztere die Anstellung der Querel unstatthaft sey, ebenfalls unhaltbar zu sein. Denn die angeführte Verordnung sagt durchaus nicht, Wer

---

Erben eingesetzt waren, für ein unumstößliches, vollendetes, Testament ansahn, später aber die Giltigkeit desselben bestreiten zu können sich überzeugten.

6) Das Recht der Notherben S. 268, 269.

7) Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur.

8) Der auch noch Francke a. a. O. S. 268. huldigt.

der Beklagte bei dieser Querel sey[9]). Daß es die turpis der Regel nach allein und zunächst sey, kann keinem Zweifel unterliegen. Wie aber, wenn deren Erbportion nicht genügt, um die Intestatportion dem consanguineus zu geben? Muß der Letztere sich mit dem von der turpis persona Empfangenen begnügen? Gewiß nicht! er kann auch gegen die andern Erben klagen, damit sein Intestaterbtheil ergänzt werde. Denn die c. 27 giebt ja dem klagenden Bruder unbeschränkt die inofficiosi querela, also die Klage auf die Intestatportion[10]). Es fragt sich jedoch, ob nicht ein Unterschied daraus hervorgehen kann, Wer die übrigen instituirten Erben sind, und auf Wieviel sie instituirt sind? Gesetzt, es wären Ascendenten des Verstorbenen nur auf ihren Intestaterbtheil, und ein extraneus neben jenem turpis instituirt, so darf die Querel nächst dem Letztern nur gegen den extraneus angestellt werden. Denn durch die siegreiche Durchführung seines Rechtes darf den übrigen Intestaterben, die zugleich, wie die hier bedachten Ascendenten, Pflichttheilsberechtigte sind, nicht Unrecht geschehen[11]). Liegt der Fall vor, daß die Intestaterben auf mehr als ihre Intestatportion eingesetzt sind, und daneben noch

---

9) In der ursprünglichen Verordnung Constantins sind allerdings die turpes als die alleinigen Beklagten genannt. c. 1. Th. C. de inoff. test. 2, 19. Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur, et germanis tantummodo fratribus adversus eos dumtaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio Praetoris, petitionis aditus reseretur. Aber es ist wohl zu deutlich, daß Justinian hier sehr Vieles geändert hat.

10) Francke a. a. O. S. 254, 255.

11) fr. 19. De inoff. test. 5, 2. Francke a. a. O. S. 259. ff.

eine turpis persona, so ist nicht bloß von Dieser Alles dem Präterirten, sondern auch Dasjenige ihm zuzuweisen, was jene Intestaterben mehr als ihre Intestatportion durch das Testament erhalten haben. Endlich fragt sich, wie folgender Fall zu entscheiden ist. Eine turpis persona, und zwar sey diese Ascendent oder vollbürtiger Bruder [12]) des Verstorbenen, ist auf ihre Intestatportion eingesetzt, außerdem ein extraneus, und ein honetter Bruder präterirt. Gegen Wen kann dieser Bruder klagen? Die Antwort möchte hier so ausfallen. Da der Verstorbene seinen Willen zu erkennen gegeben hat, jenen anrüchtigen Bruder oder Ascendenten vollständig zu honoriren, so kann auch ihm seine Intestatportion nicht entrissen werden [13]), und nur der honette extraneus ist zu verurtheilen, Alles Was er empfangen dem querulirenden agnatischen Bruder herauszugeben.

---

12) Wäre die turpis persona ein Descendent des Erblassers, so könnte ja von einem Intestaterbrecht des Bruders nicht die Rede sein. Denn obwohl Dieß die Constitution nicht sagt, so steht das Recht der inofficiosi querela doch nur dann den Geschwistern zu, wenn sie ohne das Testament, worin die turpis persona eingesetzt ist, zur Erbschaft ab intestato ein Recht gehabt hätten. Gienge die Ansicht von Marezoll in seiner und Linde's Zeitschrift Bd. I. № 7. durch, welche den Erbtheil der turpis persona im Falle, daß übergangene Geschwister da sind, Diesen als ereptitium zuweist, wie dieß auch nach c. 3. Th. C. de inoff. 2, 19. aber nur für das antejustinianeische Recht der Fall zu sein scheint, so müßte den präterirten Geschwistern beim Vorhandensein eines turpis heres selbst dann die inofficiosi querela zustehn, wenn der eingesetzte turpis ein Descendent des Erblassers wäre.

13) fr. 19. De inoff. test. 5, 28. . . . non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso. Vergl. Francke a. a. O. S. 286. »Vorzugsweise wird nur der Fremde in Anspruch ge-

Adoptivgeschwister haben stets gegen einander Successionsrechte, aber nicht gleich starke Rechte mit den ehelichen Kindern ihres Adoptivvaters. Denn da bei der Adoption der Grundsatz gilt, daß, wo die Agnationsverhältnisse mit dem pater adoptans Statt finden, auch die Cognation existirt, wo aber jene nicht vorhanden sind, da von keiner Verwandtschaft die Rede ist [14]), so folgt daraus, daß Adoptivgeschwister stets nur als halbbürtige Geschwister durch den Vater, also nur als consanguinei im heutigen Sinne des Wortes betrachtet werden, und wenn daher einer von ihren Brüdern stirbt, durch die leiblichen Geschwister desselben, die in der zweiten Klasse succediren, ausgeschlossen werden, indem sie selbst erst in der dritten Klasse zur Erbfolge gelangen. Nur in dem einem Falle, wenn der Vater ein von seiner Frau ihm zugebrachtes Kind, sein Stiefkind, arrogirt, kann dieses Kind den Geschwistern, die ihm ohne Adoption nur uterini gewesen wären, so lange der Adoptionsnexus dauert, in der zweiten Klasse erben.

Das Erbrecht, welches Adoptivgeschwistern zusteht, geht nicht beständig auf ihre Descendenten über. Die Kinder meines Adoptivbruders gehören allerdings zu meinen Intestaterben der dritten Klasse; aber die Kinder meiner Adoptivschwester haben gar keine Erbrechte gegen mich [15]).

---

nommen, und der Fremde haftet erst subsidiarisch, wenn er selbst mehr hat, wie seinen gesetzlichen Antheil.«

14) fr. 23. De adopt. 1, 7. Qui in adoptionem datur, his, quibus agnascitur, et cognatus fit; quibus vero non agnascitur, nec cognatus fit. Adoptio enim non ius sanguinis, sed ius adgnationis adfert. Dieß gilt auch noch nach dem neuesten Rechte. Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829. 8. S. 258.

15) Denn ihre Verwandschaft mit dem mütterlichen Oheime beruht

Personen, die in blutschänderischer Ehe leben, sollen nur zum Vortheile gewisser, ihnen besonders naher, auf legitime Weise verwandter, Personen testiren dürfen. Diese begünstigten Personen werden in c. 6 C. de interd. matrim. 5, 5 also aufgezählt: de descendentibus filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis. Hier kann man wohl annehmen, daß unter dem nepos, neptis, u. s. w. der Gesetzgeber eben so gut den von der Tochter, als den von dem Sohne gezeugten Enkel gemeint hat. Denn sonst würde der beschränkende Zusatz: filii nepos u. s. w. nicht haben fehlen dürfen. Eben Dasselbe werden wir aber auch von den Ascendenten sagen müssen, indem der Ausdruck des Gesetzes: de ascendentibus autem pater, mater, avus, avia, eben so gut die väterlichen als die mütterlichen Großeltern unter sich begreift. Allein hinsichtlich der Seitenverwandten: de latere, frater, soror, patruus, amita, ist es ersichtlich, daß, mit Ausnahme der eigenen Geschwister, nur die nächsten Agnaten, nemlich des Vaters Bruder, und des Vaters Schwester, nicht aber die nächsten Cognaten in der Seitenlinie nach den Brüdern und Schwestern, die Geschwister der Mutter, im Testamente bedacht werden dürfen [16]).

Nur für das Justinianeische Erbrecht kann noch folgender Unterschied zwischen dem Rechte der Agnaten und der Cognaten angegeben werden. Die per curiae oblationem geschehene Legitimation gab nur gegen den legitimirenden Vater

---

nicht auf Agnation; und die Cognation kommt ja, wie gesagt, bei der Adoption gar nicht in Betracht.

16) Durch Novelle 12. Cap. 1, 2 und 3. ist dieses Recht Desjenigen, der die incestuose Ehe eingeht, nicht aufgehoben, sondern nur meistens unfruchtbar gemacht. Vergl. Abhandlung № 5. Note 17, 18.

Erbrechte, nicht gegen dessen Verwandten, so daß ein solcher legitimirter Sohn nur seine mütterlichen Verwandten, nicht aber die agnatischen mit Ausnahme des Vaters beerben oder von ihnen beerbt werden konnte [17]).

Die Pflicht der Alimentation ehelicher [18]) Kinder liegt mehr dem väterlichen als dem mütterlichen Großvater, und die Alimentation der Ascendenten mehr den agnatischen, als den cognatischen Großkindern [19]) ob.

Dem Adoptivkinde ist mit den bloßen Cognaten seines Adoptivvaters die Ehe auch vor geschehener Emancipation erlaubt [20]), hingegen mit den agnatischen Verwandten seines Adoptivvaters erst nach geschehener Emancipation [21]),

---

17) Novelle 89. Cap. 4. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in Cod. lib. V. tit. 27. in Opp. post. T. V. p. 577. und in der Expositio novellae 12. am Ende; *Jordens* de emancipatione Diss. I. cap. V. §. 4. in *Fellenberg* Iurisprudentia antiqua T. II. p. 355.

18) Denn uneheliche Kinder haben keine Agnaten in der linea superior. Vergl. jedoch über Alimentation unehelicher Kinder v. Schröter in Marezoll's, Linde's und seiner Zeitschrift Bd. V. S. 303. ff. S. 313.

19) Es wird dieser Satz wegen fr. 5. §. 1. §. 2. und fr. 8. De agnosc. et al. 25, 3, hauptsächlich aber wegen Novelle 117. Cap. 7. ziemlich allgemein angenommen.

20) fr. 12. §. 4. De Ritu Nupt. 23, 2. 'Adoptivae sororis filiam possum uxorem ducere; cognata enim mea non est filia eius, quia avunculus nemo fit per adoptionem; et eae demum contrahuntur cognationes in adoptionibus, quae legitimae essent, i. e. quae agnatorum ius haberent. Vergl. *Raevardi* Varia seu de iuris ambiguitatibus lib. V. cap. 1. p. 268.

21) fr. 55. §. 1. D. eod. Patris adoptivi mei materteram (Vergl. *Cuiacius* Obss. XXIII, 36 und *Schultingii* Notae ad Digesta ed.

Der Vormund darf nicht der uterina soror, wohl aber den Schwestern seines Pupillen, welche mit demselben den Vater gemein haben, also durch Agnation mit ihm verbunden sind, aus dessen Vermögen eine dos bestellen [22]).

Endlich ist, Was die Pflicht zum Dotiren betrifft, ein Unterschied zwischen cognatischer und agnatischer Descendenz. Nur der Großvater von väterlicher Seite ist zur Dotirung seiner Großtochter verpflichtet, mag er übrigens die Braut in seiner Gewalt haben, oder nicht [23]), wenn nemlich der Vater nicht mehr lebt, oder, wie seine Tochter, unvermögend ist [24]).

Smallenburg T. IV. p. 229), aut neptem ex filio uxorem ducere non possum, scilicet si in familia eius sim, alioquin si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias, scilicet quia post emancipationem extraneus intelligor. Vergl. §. 2. I. de nuptiis I, 10. Der Grund dieses Unterschiedes ist entwickelt von *Chesius* de differentiis iuris cap. 14. in Iurispr. Rom. et Att. T. II. p. 656. ff.

22) fr. 12. §. 3. De adm. tut. 26, 7. . . . sed non dabit (tutor) dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit. *Cuiacii* Recitt. in lib. XXXVIII. Pauli ad Edictum zu dieser Stelle in Opp. post. T. II. p. 615. Doch ist die oben stehende Erklärung nicht unbestritten; man vergl. die Dissentirenden bei Schulting a. a. O. T. IV. p. 424, 425 und bei Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 521. Note 4.

23) Vergl. jedoch v. Tigerström Das Römische Dotalrecht Bd. I. Berlin 1831. S. 66, welcher nur im Falle der Gewalt die Pflicht zur Dotirung annimmt.

24) Ausdrücklich wird diese Pflicht des väterlichen Großvaters vor dem mütterlichen nirgends aufgestellt, aber aus der Combination folgender Stellen c. 7. C. de dot. prom. 5, 11; fr. 19. De R. N. 23, 2; fr. 5. pr. §. 8. De iure dot. 23, 3. und vorzüglich fr. 6. De collat. 37, 6. wird sie allgemein angenommen. Vergl. z. B. Mackeldey Lehrbuch §. 519. Note f.; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 521. Note 1. Man kann dahin auch zählen, daß die dotis dictio nur dem väterlichen, cht dem mütterlichen Großvater frei stand. v. Tigerström a. a. O. S. 115.

Vierte Abhandlung.

Haftet der Fiskus über den Vermögens-Betrag Jemandes, der ohne sonstige Erben starb?

Die Behauptung, daß der Fiskus »nie über den Betrag des Vermögens« [1]) Schulden des ohne alle sonstige Erben Verstorbenen bezahlen dürfe, scheint durchaus keine nähere Prüfung aushalten zu können. Theils sind die Juristen, welche diese Meinung hegen, über die Gründe derselben uneinig, indem der

1) *Perez* Comm. in lib. Cod. X, 10 §. 33; Seuffert Pandekten §. 563; Lang Lehrbuch der Institutionen §. 475; Roßhirt Einleitung in das Erbrecht Landshut 1831. 8. S. 11. Das fr. 8 §. 1 D. qui testamenta 28, 1 spricht gar nicht von der Beerbung eines Verstorbenen, sondern von der Vermögensconfiscation eines cui aqua et igni interdictum est. Warnkönig Comm. iuris Rom. lib. V. cap. 3 §. 1052 T. III p. 328.

Eine dieses Recht des Fiskus daraus ableitet, weil er in das erblose Vermögen, nicht als Erbe, sondern kraft eines Hoheitsrechts tritt [2]), ein Anderer Dieß daraus erklärt, daß der Fiskus den Nachlaß nur cum inventario annehmen dürfe [3]), ein Dritter nur auf const. 5 C. de bonis vacant. 10, 10 sich beruft [4]). Der erste Grund aber, daß der Fiskus nicht Erbe sei, scheint zur Genüge von Glück [5]) widerlegt zu sein [6]). Den andern Grund, daß er den Nachlaß nur cum inventario annehmen dürfe, stützen dessen Vertheidiger lediglich auf die const. 5 cit., und da diese Stelle schlechthin auch von der

---

2) Valett Pandekten §. 954.

3) Mackeldey Lehrbuch §. 630.

4) Seuffert a. a. O. Note 9.

5) Intestaterbfolge Zweite Ausgabe §. 206. Vergl. *Muehlenbruch* Doctrina Pandectarum §. 637 am Ende: fiscus... bona vacantia heredis iure sibi vindicat. Roßhirt a. a. O. S. 223 leugnet zwar nicht das ius, wohl aber die obligatio heredis ex ultima voluntate, weil er irrig glaubt, daß der Fiskus nur einem solchen succedire, der die testamenti factio verloren hat.

6) Zu den von Glück angeführten Gründen läßt sich noch hinzufügen, theils die Gleichstellung des Fiskus in Novelle 1 Cap. 1 §. 3 mit allen solchen Personen, die anerkannt als Erben auftreten, und daher die Schulden des Erblassers bezahlen müssen, theils daß die inofficiosi querela, die doch nur gegen den Erben, der angetreten hat, c. 36 §. 2 C. de inoff. test. 3, 28 angestellt werden kann, auch gegen den Fiskus Statt findet c. 10 C. eod. Anders erklärt freilich diese Constitution Francke das Recht der Notherben S. 286 Note 1; allein daß der nur einmal vorkommende Ausdruck causam agere zweierlei, nemlich das eine Mal die inofficiosi querela erheben, und das andere Mal die reine ab intestato hereditatis petitio anstellen, bedeuten solle, kann man Francken nicht wohl zugestehen.

dritten Parthey zur Begründung derselben Ansicht angeführt wird, so scheint eine kurze Betrachtung und Erklärung dieser Stelle nicht überflüssig zu sein [7]).

Die Absicht dieser Verordnung ist, durch eine genaue Vorschrift, wie angegebene bona vacantia dem Fiskus inkorporirt werden sollen, diesen selbst vor übereilter Annahme von Vermögensrechten zu sichern, und dadurch den Unterthanen, so wie dem Fiskus, weitläuftige und kostspielige Prozesse zu ersparen. Ferner soll der dolus theils des patronus fisci, theils der Delatoren strenge geahndet werden. Dieser dolus, d. h. die beabsichtigte Schmälerung des fiskalischen Vermögens, ist hier nun nicht näher bezeichnet, kann aber auf zwiefache Weise begründet sein: entweder dadurch, daß eine Erbschaft für den Fiskus angetreten wird, die mehr Passiva als Aktiva enthält, oder dadurch, daß Sachen oder Klagerechte als vacantia angegeben werden, wozu sich Berechtigte späterhin ein-

---

7) Ihre Worte lauten so: Si vacantia, vel alio modo bona delata legibus ad aerarium perhibeantur, certi palatini electi, et iureiurando obstricti mittantur, ut eorum instantia Praeses Provinciae praesente fisci patrono diligenter inquirat, cuius vacans, cadensque fuerit patrimonium, quantumque, vel quale videatur; ut quum data reclamandi copia, nullum id vel iure possidere, vel vindicare constiterit, locumque aerario factum esse, tam ipsius relatione, quam publicorum monumentorum fide constiterit, rerum nobis notitia intimetur: ut iussu nostro vacantia, vel aliae res nomine occupentur aerarii. Quae forma etiam in parte bonorum, vel in una, alterave re, seu actione una, vel etiam pluribus servetur. Nam si quid per fraudem in dispendium aerarii fuerit admissum, missi quidem executores non evitabunt indignationem: Praeses autem facultatum parte dimidia multabitur: fisci vero patronus detrimentum, quod pro vitio eius fisco ingeritur, resarcire urgebitur.

finden [8]). Dieß Letztere kann sogar Veranlassung werden, daß eine anfangs solvent scheinende Erbschaft, in eine insolvente verwandelt wird, wo dann beide Fälle zusammentreffen. Um diese Nachtheile von dem Fiskus abzuwenden, sollten die Verwalter des Fiskus keine Erbschaft antreten, die mehr Passiva als Aktiva hat, oder Sachen und Forderungen als vacantia vindiciren oder eintreiben, die Jemandem gehören. Wäre aber Dieß geschehen, so sollte nicht der Fiskus hier einen Verlust erleiden, sondern der patronus fisci den daraus für den Fiskus entstandenen Vermögensnachtheil ersetzen. Nun aber kann dieser Nachtheil je nach Verschiedenheit der oben angegebenen Fälle ein zwiefacher sein. Entweder sind vergeblich in rem oder in personam actiones angestellt; hier sind die unnütz aufgewendeten Prozeßkosten zu ersetzen. Oder es ist eine insolvente Erbschaft angetreten, und worin kann hier anders der für den Fiskus hervorgehende Nachtheil bestehen, als daß die Legatare und die Erbschaftsgläubiger gegen den Fiskus auf Befriedigung mit ihren Klagen dringen. Haftete daher der Fiskus stets nur soweit das Vermögen reicht, wäre derselbe immer nur als ein sogenannter Beneficialerbe anzusehen, so könnte ja in diesem Falle von keinem Vermögensverluste des Fiskus die Rede sein.

8) Die Worte in unserer Constitution: si quid per fraudem in dispendium aerarii fuerit admissum kann man nämlich unmöglich so verstehn, wie *I. Gothofredus* zu c. 5 Th. C. de bon. vac. 10, 8 will: si quid bona fide ad aerarium s. fiscum non detulerint, sondern man muß sie gerade von dem umgekehrten Falle erklären, wenn die Delatoren, um sich einen Vortheil d. h. eine größere Prämie für ihre Delation zu verschaffen, was wohl immer zu präsumiren war, eine Sache dem Fiskus deferirten, die einem Dritten gehörte, oder eine Forderung dem Fiskus zu-

Daher dient diese von den Gegnern angeführte Constitution nicht nur nicht zum Vortheile ihrer Ansicht, sondern im Gegentheil, sie gereicht zum Beweise unserer Behauptung, daß der Fiskus, wie jeder andere Intestaterbe, wenn er angetreten hat[9]), aus Codicillen[10]), oder destitut gewordenen Testamenten[11]), Vermächtnisse zahlen[12]), und für die Schulden des Erblassers haften müsse; welches letztere in fr. 11 De iure fisci 49, 14[13]) und in fr. 50 pr. De manum. test. 40,

---

trugen, die entweder gar nicht zu Rechte bestand, oder einem Andern gehörte, als Dem, unter dessen Namen sie deferirt wurde.

9) Man muß nur ja nicht den Fiskus für gezwungen erklären, Erbschaften anzutreten, sondern nur für berechtigt, sonst freilich würde, wie Roßhirt a. a. O. S. 228 Note 205 bemerkt, das privilegium fisci ein odiosum sein.

10) Glück. a a. O. S. 373; Warnkönig a. a. O. Note 3.

11) Ob man die Codicillarclausel für nothwendig erklärt, wie dieß Glück a. a. O. thut, oder für überflüssig hält, hängt freilich von der Interpretation der Novelle 1 Cap. 1 besonders §. 3 ab. Doch aber heißt es ja hier ausdrücklich, daß an die Stelle des nicht antretenden Erben auch der Fiskus kommen könne, und zwar aus dem Grunde: ut non remaneat sine aditione ipsius morientis hereditas.

12) fr. 96 §. 1 De legatis I Quotiens lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta erant. Daher ist wohl Roßhirt's Behauptung a. a. O. S. 223 ff. irrig, daß der Fiskus zwar Universalsuccessor, aber nur für die Schulden des Erblassers, nicht für die von demselben ausgesetzten Vermächtnisse sei. Vergl. fr. 114 §. 2 De leg. I und Francke Beiträge Erste Abtheilung S. 159.

13) Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt; id enim bonorum cuiusque esse intelligitur, quod aeri alieno superest.

4[14]) seine Bestätigung findet. Daß endlich dem Fiskus das Recht zusteht, die Wohlthat der lex Falcidia auch für sich in Anspruch zu nehmen, darf bei der anerkannten Erbenqualität des Fiskus nicht geleugnet werden[15]).

---

14) Quod divo Marco pro conservandis libertatibus placuit, locum habet irrito testamento facto, si bona venitura sint; alioquin vacantibus fisco vindicatis, non habere constitutionem locum, aperte cavetur. Diese Worte führt *Perez* a. a. O. als Beweis an, daß der Fiskus, wenn er die Erbschaft übernommen, nicht manumittiren dürfte. Aber die Stelle sagt nur Folgendes: Wenn kein Erbe antritt, und die Erbschaft solvent ist, so übernehme sie der Fiskus, ist sie insolvent, ein Sklave des Verstorbenen. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. 9. resp. Papin. zu dieser Stelle in Opp. post. T. V. p. 439; Francke Beiträge Erste Abtheilung S. 160.

15) fr. 14. De iure fisci 49, 14 . . . ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hereditatibus, et libertates et legata maneant. fr. 2. §. 2. D. si quis aliquem 29, 6. Si fidei eius, qui dolum admisit, commissum est, ut hereditatem restitueret, ea hereditas caduca cum suis oneribus fiet, ut commodum legis Falcidiae fiscus sentiat, dodrantis autem fideicommissarius.

Fünfte Abhandlung.

Wem ist zur Strafe die testamenti factio entzogen, und Wer heißt intestabilis?

Folgende Personen finden wir bei den Neuern als intestabiles oder lege intestabiles, d. h. als solche Personen genannt, welchen zur Strafe wegen eines begangenen Verbrechens die testamenti factio durch das Gesetz entzogen ist [1]; also unterschieden von Denjenigen, welchen wegen mangelnder Fähigkeit ein eigenes Vermögen zu haben, oder wegen fehlendes mortis causa commercii, oder wegen mangelnder Fähigkeit ihren letzten Willen zu erklären, die testamenti factio nicht zusteht [2].

1) Glück Commentar Bd. 33 S. 350.

2) Vergl. Mackeldey Lehrbuch §. 636 mit den drei unmittelbar vorhergehenden §§, und §. 6[illegible]. de test. ord. 2, 10. S. Note 39.

Hochverräther[3]) und deren Söhne[3a]); rechtskräftig zum Tode verurtheilte Verbrecher[4]); Leute, die in Blutschande leben[5]), sofern sie zum Besten der in der Blutschande erzeugten Kinder, oder anderer Personen, als der nächsten Verwandten, testiren wollen[6]); infames[7]); Personen, die als Pasquillanten verurtheilt sind[8]); Apostaten[9]); Ketzer[10]); die Selbstmörder, welche sich aus Bewußtsein ihrer Schuld entleibten[11]).

Wir wollen zuerst untersuchen, ob allen diesen genannten Personen wirklich zur Strafe ausdrücklich die testamenti factio entzogen ist; sodann ob ihnen der Name intestabilis zukommt.

---

3) Mackeldey a. a. O; Lang Lehrbuch §. 417.

3a) Warnkönig Comm. lib. V cap. 2 §. 1000.

4) Seuffert Pandekten §. 522. b. 2; Mackeldey a. a. O.; Lang a. a. O.

5) Thibaut Pandekten §. 797 № 4; Lang a. a. O.

6) Seuffert Pandekten §. 522 Note 18; Valett Pandekten §. 959 № 9; Glück Commentar Bd. 34 S. 148.

7) Hartitzsch Erbrecht §. 22.

8) Thibaut a. a. O; Wening Lehrbuch Bd. III §. 442 Note h; Lang a. a. O.; Glück a. a. O. S. 147, 148 Note 21; Hartitzsch a. a. O.

9) Thibaut a. a. O; Wening a. a. O; Zimmern Grundriß des Erbrechts S. 52; Lang a. a. O.; Glück a. a. O. S. 148; Warnkönig Commentarii iuris civilis lib. V cap. 2 §. 1000 T. III p. 250.

10) Thibaut, Wening, Hartitzsch, Lang, Warnkönig a. a. O.

11) Valett Pandekten §. 959 № 9.

Die Hochverräther zählt man allgemein[11a]) zu den Personen, welchen als Strafe ausdrücklich die testamenti factio entzogen ist. Als Quelle wird z. B. von Mackeldey a. a. O. c. 5 §. 1 C. ad legem. Jul. mai. 9, 8 angeführt. Allein der angeführte §. 1 handelt nur von den Söhnen der Hochverräther, daß sie testamentis extraneorum nihil capiant, und gehört daher nicht hierher. Gewiß ist das Principium dieser Verordnung gemeint, und dieses giebt als Strafe für den Majestätsverbrecher weiter Nichts an, als gladio feriatur, bonis eius omnibus fisco nostro addictis. Hieraus geht durch einen Schluß aufs Deutlichste hervor, daß der verurtheilte Majestätsverbrecher kein Testament machen kann, aber nicht, weil ihm Dieß ausdrücklich verboten ist, sondern weil er kein eigenes Vermögen hat, worüber er testiren könnte.

Von den Verbrechern, welche rechtskräftig zum Tode verurtheilt sind, behaupten z. B. Seuffert und Mackeldey[12]), daß ihnen zur Strafe die testamenti factio entzogen sey. Die Stelle, welche aber Seuffert anführt[13]), läßt seine Behauptung höchstens durch ein a contrario ar-

11a) z. B. *Cuiacius* Recitt. in Cod. IX, 9 in Opp. post. T. V p. 1449; Geyert Grundzüge der Lehre von den Vermächtnissen. Frankfurt 1829 8. S. 34.

12) Dieser Jurist hätte schon deshalb die Hochverräther nicht besonders aufzählen sollen, weil ihr Urtheil ja die Todesstrafe involvirt, sie daher auch schon in dieser Klasse von Personen enthalten sind.

13) fr. 13 §. 2 D. qui testamento 28, 1: Si quis in capitali crimine damnatus appellaverit, et medio tempore pendente appellatione fecerit testamentum, et ita decesserit: valet eius testamentum. Dieselbe Stelle führten unter andern auch Mackeldey und Geyert S. 33 a. a. O. an.

gumentum vertheidigen. Weit passender sind die Beweisstellen Mackeldey's: fr. 8 §. 4 D. qui testamenta 28, 1, Novelle 22 Cap. 8, Novelle 134 Cap. 13; allein auch sie scheinen die aufgestellte Behauptung nicht zu beweisen. In jenem Fragmente sagt Gajus, daß Diejenigen, welche zum Schwerttode, oder zum Kampfe mit wilden Thieren, oder in die Bergwerke verurtheilt sind, ihre Freiheit verlieren, und daß der Staat ihr Vermögen einzieht. Daraus, sagt der Jurist, geht sehr deutlich hervor, daß sie die testamenti factio verlieren [14]. Auch hier ist also, wie im vorigen Falle, der Verlust der testamenti factio ihnen vom Staate nicht auferlegt, sondern nur Folge davon, daß ihr Vermögen eingezogen wird. Ein solcher Verbrecher wurde zu des Gajus Zeit Sklav, und dadurch unfähig Vermögen zu erwerben. Dieser zweite Grund, weshalb es dem Verurtheilten unmöglich war, ein Testament zu errichten, fiel für die im Bergwerke Verurtheilten weg, indem Justinian für Diese die Strafe der Sklaverei aufhob [15]. Allein selbst auch, als später [16] Justinian nicht immer dem Fiskus das Vermögen des Verurtheilten zusprach, sondern die nächsten Angehörigen dem Fiskus vorzog, blieb doch immer dem Verurtheilten kein eigenes Vermögen, worüber er testiren konnte. Die Unmöglichkeit des Testirens verstand sich also schon von selbst.

Daß den Leuten, welche in Blutschande leben, zur Strafe

14) Hi vero, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur: unde apparet, amittere eos testamenti factionem.

15) Novelle 22 Cap. 8.

16) Novelle 134 Cap. 13.

ihr testamentarisches Dispositionsrecht sehr geschmälert ist, wird zur Genüge durch c. 6 C. de incest. et inut. nupt. 5, 5 [17]) bewiesen. Allein die Bestimmungen dieses Gesetzes sind durch Novelle 12 [18a]) geändert. Hier heißt es, wenn Jemand eine blutschänderische Ehe eingeht, und aus einer frühern Ehe Kinder hat, so sollen diese augenblicklich das Vermögen des incestuosen Vaters oder der incestuosen Mutter erhalten. Hat diese Person aber nicht solche Kinder, so erwirbt der Fiskus ihr Vermögen. Dadurch ist nun zwar die aktive testamenti factio den incestuosen Eltern für den Augenblick entzogen, weil dieselben für den Augenblick kein Vermögen [18b]) haben. Aber in Beziehung auf den spätern Erwerb ist ihnen nicht die Fähigkeit, ein eigenes Vermögen zu haben, abgesprochen [19a]). Sie können über dasselbe auch zu Gunsten ihrer Kinder und der übrigen in c. 6 genannten Verwandten disponiren. Sind ferner die Kinder ohne weitere Descendenz gestorben, so erbt

---

17) Sive testato, sive intestato, legibus ei et iure succedant, si qui forte ex iusto et legitimo matrimonio editi fuerunt: hoc est, de descendentibus filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis: de ascendentibus autem pater, mater, avus, avia: de latere frater, soror, patruus, amita, Testandi sane ita demum habeat facultatem, ut his tantummodo personis pro iuris ac legum, quod voluerit, arbitrio relinquat.

18a) In Cap. 1 und 2; denn im Cap. 3 sind die Bestimmungen der beiden ersten Capitel nur wiederholt.

18b) *Cuiacius* in der Expositio zur Novelle 12 erklärt das in diesem Gesetze angedrohte Exil durch Deportation, indem Relegation des Vaters die Kinder von der väterlichen Gewalt nicht befreit.

19a) Vergl. Zimmern Grundriß des Erbrechts S. 50.

der Vater von ihnen, und kann jenen übrigen Verwandten durch ein Testament sein Vermögen hinterlassen[19b]).

Hartitzsch führt die infames und die Pasquillanten als solche an, welchen die Fähigkeit zu testiren durch ein ausdrückliches Verbot entzogen war; allein das fr. 18 §. 1 D. qui testa. 28, 1 spricht ganz allein von den Pasquillanten. Von Diesen heißt es in dem eben angeführten Fragmente[20]): in einem Senatusconsulte ist die Intestabilität eines Pasquillanten ausgesprochen. Daraus folgt, (ergo sagt der Jurist), daß er weder ein Testament errichten, noch bei der Errichtung eines Testamentes gegenwärtig sein kann. Von dieser Stelle soll jedoch noch unten ausführlicher gehandelt werden.

Daß den Apostaten die testamenti factio zur Strafe entzogen sey, behaupten alle neuern Juristen, und die meisten[21]) berufen sich auf c. 3 C. de apostatis 1, 7[22]). Hier ist

---

19b) Daher scheint es nicht richtig, wenn Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 640 № 4 Note 15 das Recht des incestuosen Testirers mortis causa zu disponiren durch die genannte Novelle nur auf die Descendenten beschränkt glaubt.

20) Si quis ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit: ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.

21) Namentlich Thibaut, Valett, Hartitzsch, Seuffert, Geyert a. a. O.

22) Hi qui sanctam fidem prodiderunt, et sanctum baptisma haeretica superstitione profanarunt, a consortio omnium segregati sint, a testimoniis alieni, testamenti, ut ante iam sancimus, non habeant factionem, nulli in hereditatem succedant, a nemine scribantur heredes. Die ausgezeichnet gedruckten Worte sind ein Emblem Tribonians. Vergl. c. 4 Th. C. de apostatis 16, 7. Die Worte: ut ante iam sancimus, sind durch diesen Zusatz überflüssig geworden, und

aber nur von dem Uebergange eines rechtgläubigen Christen zu einer ketzerischen Sekte die Rede[23]); und solchen Ketzern soll die testamenti factio entzogen sein, nach den ausdrücklichen Worten der angeführten Verordnung[24]). Wening und Mackeldey dagegen berufen sich auf c. 1 C. eod.[25]). Hier ist von Christen die Rede, welche Juden geworden sind. Als Strafe dieses Uebertrittes ist Confiskation des Vermögens festgesetzt, und daraus folgt indirekt nur die Unmöglichkeit ein Testament zu errichten.

Auch die Ketzer werden ganz allgemein zu den Personen gezählt, welchen die testamenti factio entzogen ist. Ueberall[26]) wird zum Beweise dieser Behauptung auf const. 4 (§. 5) C. de haeret. 1, 5 hingewiesen. Vergleicht man aber diese Stelle, so findet man, daß sie nur gegen Manichäer[27])

---

mit Unrecht beibehalten. Denn die c. 1 handelt von Apostaten, die Juden, und die c. 2 von Apostaten die Juden oder Heiden geworden sind, nicht, wie ihr Originaltext, auch von dieser dritten Art der Apostaten.

23) Daß auch solche Personen Apostaten genannt wurden, beweist nicht blos unsere Stelle. Vergl. *I. Gothofredus* im Paratitlon zum Th. C. 16, 7.

24) Diese Verordnung könnte daher eben so gut bei den Ketzern angeführt werden.

25) Si quis lege venerabili constitutus, et ex Christiano Iudaeus effectus, sacrilegis coetibus aggregetur; cum accusatio fuerit approbata, facultates eiusdem dominio fisci iubemus vindicari.

26) Z. B. bei Thibaut, Seuffert, Mackeldey, Wening, Valett, Hartitzsch, Geyert a. a. O. Bei Konopak Lehrbuch §. 337. Note a wird auch noch die unglossirte Novelle 45. angeführt.

27) Vergl. noch die c. 15. C. de haeret. 1, 5. Sie ist am vollständigsten restituirt von Heimbach in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. VIII. S. 93, 94. Das Religionssystem des

und Donatisten [28]) die Strafe ausspricht, daß ihr letzter Wille ungiltig sein solle [29]). Allen übrigen Ketzern ist hierin, und

---

Mani, der im Jahre 239. oder 240. in Persien geboren wurde, (Vergl. Semler in der Einleitung zu Baumgarten's Untersuchung theologischer Streitigkeiten Bd. I. S. 274), beruhte auf der Annahme zweier ewiger neben einander bestehender und sich begränzender Reich', dem Reiche des Lichts, und dem Reiche der Finsterniß, jenes von Gott, dieses von dem Dämon oder der Hyle beherrscht. Christus habe einen noch größern Apostel, den παράκλητος, verheißen, und dieser sey im Mani erschienen. Vergl. Gieseler Lehrbuch der Kirchengeschichte. Darmstadt und Bonn. Erster Band. 1824. S. 180. ff. und v. Wegnern Manichaeorum indulgentiae cum brevi totius Manichaeismi adumbratione Lipsiae 1827. 8. §. 5. ff. §. 21, 22.

28) Die Donatisten, welche ihren Namen von Donatus Bischoff von Casae nigrae, und von Donatus dem Großen, Bischoff von Carthago, haben (Gieseler a. a. O. S. 227), behaupteten, die christliche Kirche dürfte nur aus Heiligen bestehen, während die Katholische Kirche auch die Bösen in der Kirche duldete. Walch Historie der Ketzereien Bd. 4. Leipzig 1768. 8. S. 281, 287.

29) pr. Manichaeos seu Manichaeas, vel Donatistas meritissima severitate persequimur. Huic itaque hominum generi nihil ex legibus commune sit cum ceteris. §. 5. Ergo et suprema illius scriptura irrita sit: sive testamento, sive codicillo, sive epistola; sive quolibet alio genere reliquerit voluntatem, qui Manichaeus fuisse convincitur. Die c. 5. C. eod. bestätigt nur diesen Inhalt der c. 4, indem sie die bereits bestehenden Gesetze über die Testamentsfähigkeit bestätigt. Diese war aber nur den genannten Arten von Ketzern genommen, indem die ähnlichen Bestimmungen über die Eunomianer (c. 17, c. 49. Th. C. de haeret. 16, 5) in den Justinianeischen Codex nicht aufgenommen sind. — Dieselbe zu große Ausdehnung der Bestimmung über die Ketzer findet sich auch ganz gewöhnlich, z. B. bei Mackeldey Lehrbuch §. 608. № 1, bei der Frage über Successionsfähigkeit. Auch hier können wegen c. 4. §. ult. C. eod. nur Manichäer und Donatisten als vollkommen

überhaupt nirgends, die Fähigkeit zu testiren entzogen, und die Neuern scheinen daher sehr Unrecht zu haben, allen Ketzern die Fähigkeit zum Testiren abzusprechen[30]). Auch läßt sich noch ein positiver Beweis für die Unrichtigkeit dieser Behauptung führen, daß alle Ketzer für unfähig zu testiren erklärt werden. Justinian verfügt nemlich in Novelle 115 Cap. 3 §. 14 über zwei Ketzersekten, die Nestorianer und Akephaler[31]),

---

unfähig zur Succession angesehn werden, wie bei dieser Gelegenheit *Donellus* Commentarii lib. VI. cap. 17. richtig sagt: haeretici non omnes, sed ii de quibus cautum est nominatim.

30) Es ist daher wenigstens eine Annäherung an die Wahrheit, wenn Westenberg in seinen Principia iuris lib. 28, tit. 1, §. 40 nur improbiores haeretici als Unfähige zur Testamenterrichtung nennt; oder Zimmern in seinem Grundriß des Erbrechts S. 51, allerlei Ketzer als solche Unfähige nennt. Höpfner Commentar §. 470. dagegen schränkt diesen Mangel der aktiven testamenti factio auf die Manichäer allein ein. Jedoch ist wohl nicht zu zweifeln, daß der Ausdruck illius auf das ganze im principium genannte hominum genus, also auf Manichäer und Donatisten, gehe, zumal da in c. 4. §. 3. Th. C. ne sanct. bapt. iter. 16, 6. die testandi copia den Donatisten entzogen ist, und die c. 40 Th. C. de haeret. 16, 5, aus welcher unsere c. 4. genommen ist, so beginnt: Quid de Donatistis sentiremus, nuper (d. h. in der eben angeführten Constitution) ostendimus.

31) Glück (Commentar Bd. 7. S. 228.) erklärt die Nestorianer und Acephaler für identisch, indem er von Nestorius sagt: »Dieser läugnete die Gottheit Christi und wurde daher von dem Ephesinischen Concilium verdammt. Daher wurden die Anhänger des Nestorius Acephali genannt, weil sie nun ohne Haupt waren.« Allein diese Ansicht ist eine durchaus unrichtige, indem die Nestorianer ganz entgegengesetzten Glaubens als die Acephali waren. Nestorius hatte bekanntlich die menschliche Natur Christi zu scharf von der göttlichen Natur Christi geschieden, so daß er und seine Anhänger auf dem Concilium zu Ephesus durch den Einfluß von Cyrillus

daß diese von der Gemeinschaft der katholischen Kirche Ausgestoßenen keine anderen als ihre orthodoxen Kinder zu Erben einsetzen, also ein Testament errichten dürfen[32]). Gesetzt, sagt

verdammt wurden. Allein schon auf der nächsten Synode zu Chalcedon näherte man sich mehr der Meinung der Nestorianer, und nun wurden die strengen Anhänger des Cyrillus unter dem Namen Monophysiten verketzert. Diese Sekte aber erhielt sich, und vorzüglich hatte sie in Alexandrien in der Mitte des fünften Jahrhunderts an dem dortigen Diakonus Petrus Mongos einem eifersüchtigen Vertheidiger. Als jedoch Zeno Isauricus zur Regierung kam, suchte der Kaiser eine Union zu Stande zu bringen. Er ließ Artikel aufsetzen, die allgemein angenommen werden sollten (das sog. Henotikon), worin die schon zu Chalcedon ausgesprochene, von den Monophysiten spottweise genannte, dyophysitische Ansicht vorherrschend war. Petrus Mongos, zum Patriarchen von Alexandrien erhoben, unterschrieb diese Artikel. Viele Monophysiten aber, damit unzufrieden, trennten sich von ihm, und wurden nun Ἀκέφαλοι genannt. Gieseler Lehrbuch der Kirchengeschichte Bd. 1. §. 102. S. 407 . . 414. Vergl. Wundemann Geschichte der christlichen Glaubenslehren Th. 2. Leipzig 1799. 8. S. 326; und Münschers Lehrbuch der Dogmengeschichte §. 84.

32) Si quando parentes inventi fuerint sive Iudaico Nestorii furori dediti, sive Acephalorum amplectentes insaniam . . . non liceat eis alios heredes sibi instituere, nisi liberos orthodoxos et ecclesiae catholicae communicantes: vel liberis non existentibus agnatos vel cognatos, qui scilicet catholici sint. Der Ausdruck Iudaicus Nestorii furor findet sich in den Schriften der Theologen nicht. Der Hauptgrund für diese Benennung (denn daß dem Nestorius unter dem Namen »dem neuen Judas, der unsern Herrn verlästert hat,« das Verdammungsurtheil zugesandt wurde, Wundemann a. a. O. S. 270, ist für diesen Ausdruck unbedeutend) scheint folgender zu sein. Nestorius wurde beschuldigt, einen göttlichen und einen menschlichen Christus, also zwei Gottes-Söhne, anzunehmen, Walch Historie der Ketzereien Th. 5. S. 798. Leipzig 1770. 8, und durch dieses Letztere machte er sich der Ansicht einiger jüdischen Sekten schuldig, weshalb auch Evagrius historia

Justinian, der Nestorianer hat orthodoxe und ketzerische Kinder, so sollen, mag er ein Testament hinterlassen, oder nicht, die orthodoxen Kinder das ganze Vermögen erhalten, jedoch in der Art, daß nur an den ihnen eigentlich gebührenden Erbportionen sie unwiderrufliche Rechte erhalten. Treten nämlich späterhin die dissentirenden Kinder zur orthodoxen Parthey über, so soll ihnen ihr Erbtheil in der Beschaffenheit, wie er alsdann gerade ist, herausgegeben werden, ohne daß sie über die bisherige Verwaltung, oder über die bisherigen Nutzungen irgend Rechenschaft fordern können, indem nur die Veräußerung der Grundstücke den rechtgläubigen Brüdern untersagt ist. Erst wenn jene Geschwister in ihrem religiösen Irrthum sterben, wird das Recht der Orthodoxen an jenen Erbschaftsstücken unwiderruflich. Haben jene Nestorianer und Akephaler keine Kinder, oder wenigstens keine orthodoxe, so können sie ihre sonstigen Cognaten und Agnaten, jedoch nur die orthodoxen, zu Erben einsetzen, also auch in diesem Falle ein Testament errichten. Hat nun aber der Testator diese Vorschrift nicht beachtet, indem es sich findet, daß die instituirten Erben — seyen es Kinder oder andere Verwandte — nicht orthodox sind, oder stirbt er ohne Testament und ohne irgend einen orthodoxen Verwandten, so muß man unterscheiden, ob der Verstorbene ein Clericer oder ein Laie war. Im ersten Falle tritt die Kirche des Wohnorts des Verstorbenen als seine Erbin auf; zögert sie aber ein Jahr, so nimmt dann der Fiskus die Ver-

---

eccles. lib. I. cap. 2. p. 231. vom Anastasius sagt, er sey dem Nestorius und seinen jüdischen Lehrsätzen mit Eifer ergeben gewesen. Siehe Walch a. a. O. S. 813. № 1. Anm. vergl. mit S. 356, 357. ebendaselbst.

lassenschaft zu sich. Im zweiten Falle ist der Fiskus sogleich der Erbe [33]).

Endlich werden von Valett die Selbmörder hierhin gezählt, welche sich aus Bewußtsein ihrer Schuld entleibt haben. Allein der Beweis dafür, welchen c. 2 C. qui test. fac. poss. 6, 22 [34]) und fr. 6 §. 7 De iniusto 28, 3 [35]) führen sollen, reducirt sich darauf, daß der letzte Willen eines solchen ungiltig wird. Der Grund dieser Ungiltigkeit scheint darin zu liegen,

---

33) An die Frau ist hier immer nicht gedacht; allein es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß wenigstens die orthodoxe Ehefrau beständig der Kirche und dem Fiskus vorgeht, weil hier nur Verwandte als die gewöhnlichsten Intestaterben genannt sind. Auch ist in c. 15. C. de haeret. 1, 5. (Vergl. ihre Restitution bei Heimbach in Savigny's Zeitschrift Bd. VIII. S. 93.) davon die Rede, daß an andere Verwandte als an Descendenten das Vermögen eines Manichäer durch keine Liberalität gelangen solle.

34) Si is, qui te cum uxore tua heredem scripsit, quando testamentum ordinavit, nec postea alicuius sceleris conscientia obstrictus, sed aut impatiens doloris, aut aliqua furoris rabie constrictus, se praecipitem dedit, eiusque innocentia liquidis probationibus commendari potest a te, adscitae mortis obtentu postremum eius iudicium convelli non debet. Quod si futurae poenae metu, voluntaria morte supplicium antevertit, ratam voluntatem eius conservari leges vetant.

35) Eius, qui deportatur, non statim irritum fiet testamentum, sed quum Princeps factum comprobaverit: tunc enim et capite minuitur. Sed et si de decurione puniendo, vel filio nepoteve, Praeses scribendum Principi interlocutus est, non puto statim servum poenae factum, licet in carcere soleant diligentioris custodiae causa recipi: nec huius testamentum irritum fiet, prius quam Princeps de eo supplicium sumendum rescripserit; proinde si ante decesserit, utique testamentum eius valebit, nisi mortem sibi con-

daß es nun so angesehen werden soll, als sei der Beklagte, der sich vor dem Urtheile entleibt hat, wirklich verurtheilt. Daher kann man wohl nur behaupten, daß solchen schuldigen Selbstmördern das Testament rescindirt werde, die ein Capitalverbrechen verübt, deren Strafe also in einer magna capitis diminutio bestanden hätte. Für diese Erklärung sprechen theils vorzüglich die Worte in dem Digestenfragmente: testamenta irrita constitutiones faciunt, theils die Fassung der Worte im Codex: voluntaria morte supplicium antevertit. Dieß ist auch wohl die Ansicht der Neuern, indem man sich sonst nicht ihr Schweigen über diesen Fall bei Gelegenheit des irritum testamentum erklären könnte [36].

Nach der hier aufgestellten Ansicht müssen wir nun die meisten der oben genannten Personen von Denen ausscheiden, welche nur dadurch der testamenti factio ermangeln, daß ein Gesetz ihnen dieselbe entzogen hat. Nur die Söhne der Hochverräther, Leute, welche in Blutschande leben, die Pasquillanten, die in Heiden oder Juden verwandelten Christen [37], die Ma-

scivit. Nam eorum qui mori magis, quam damnari maluerint ob conscientiam criminis, testamenta irrita constitutiones faciunt, licet in civitate decedant... si quidem ob conscientiam delicti militaris mori maluit, irritum sit eius testamentum.

36) So verlangt auch Marcian in fr. 3 pr. De bonis eor. qui ante. 48, 21, daß entweder die postulatio criminis oder die deprehensio in crimine geschehn sey.

37) Denn in der c. 2 C. de apostatis 1, 7 wurde denen, welche Juden, und denen, welche Heiden geworden waren, die aktive testamenti factio bereits für entzogen erklärt, und in c. 4 C. eod. heißt es: illud iteramus, ne, postquam a fide deviaverint, testandi aut donandi quippiam habeat facultatem.

nichäer und die Donatisten gehören hierher, wiewohl auch bei diesen Ketzersekten der Beweis nicht als ein strenge geführter angesehen werden kann, da ihr Zustand, als eine Art von allgemeiner Rechtslosigkeit, die Unmöglichkeit Testamente zu errichten, in sich enthielt [38]).

Unsere zweite Untersuchung wird daher nach Ausscheidung der nicht hierher gehörigen Personen sich nur auf die eben aufgezählten beziehen, und daher mit der Frage sich begnügen können, ob diese Personen im Römischen Rechte intestabiles heißen.

Der Ausdruck intestabilis kommt zwar im Römischen Rechte nicht ganz selten vor [39]), allein wir finden nur den verurtheilten Pasquillanten so genannt [40]). Sehen wir aber auf die Bedeutung des intestabilis, welche Gajus in fr. 26 D. qui testam. 28, 1 dahin angiebt: cum lege quis intesta-

---

38) Es heißt ja von ihnen (Note 29): nihil ex moribus, nihil ex legibus commune sit cum ceteris. Vergl. Marezoll über die bürgerliche Ehre. Gießen. 1824. 8. S. 93. Roßhirt Einleitung in das Erbrecht S. 62 zählt die einzelnen intestabiles genannten nicht auf; er nennt nur Beispielsweise die Pasquillanten, schließt aber ausdrücklich die Ketzer davon aus.

39) §. 6 neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges iubent improbos intestabilesque esse I. de test. ord. 2, 10; fr. 26 D. qui testamenta 28, 1; c. 9 pr. Th. C. de haereticis 16, 5. Vergl. die Stellen in der folgenden Note, und bei Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts. Neunte Ausgabe §. 71 Note d.

40) fr. 21 pr. Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit. De testibus 22, 5; fr. 18 §. 1 D. qui testam. 28, 1; fr. 5 §. 9 De iniuriis 47, 10. Theophilus zum §. 6 I. 2, 10 nennt Denjenigen intestabilis, welcher fälschlich leugnet, bei einem Testamente Zeuge gewesen zu sein.

bilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant[41]), neve ipsi dicatur testimonium, so gehört nicht bloß der Pasquillant hierhin, sondern auch die beiden genannten Ketzerarten, Manichäer und Donatisten[42]). Denn wenn ihnen nihil ex legibus commune sit cum ceteris, so dürfen sie gewiß weder Zeugen zuziehen, noch Zeugen sein[43]). Auch die Söhne der Hochverräther als stets infame Personen gehören hierhin. Endlich läßt sich die Intestabilität auch von den zu einer ketzerischen Sekte übergegangenen Christen behaupten, da es von diesen heißt: a testimoniis alieni, testamenti non habeant factionem, nulli in hereditate succedant[44]). Hingegen die

41) Diese Meinung der quidam hatte auch Ulpian in fr. 18 §. 1 D. qui test. 28, 1 und sie muß daher wohl als die im justinianischen Rechte geltende angesehn werden.

42) Donellus Commentarii lib. VI. tit. 5. geht also zu weit, wenn er behauptet, daß nur für den einzigen Fall, für Pasquillanten, der Ausdruck intestabilis vorkomme.

43) Daraus folgt die Unmöglichkeit, ein Testament zu errichten, ein Testamentszeuge zu sein, auch wohl die Unmöglichkeit, aus einem Testamente zu erben.

44) Daraus, daß wir sie nirgens intestabiles genannt finden, läßt sich kein genügendes Argument entnehmen, daß sie nicht intestabiles gewesen sind, und so geheißen haben. Wie leicht können uns Verordnungen verloren gegangen sein, welche den Ausdruck intestabilis diesen hier genannten Personen beilegen! Zu noch größerer Sicherheit unserer Behauptung wird von den Manichäern ausdrücklich in c. 9. pr. Th. C. de haeret. 16, 5. gesagt: Quisquis Manichaeorum . . . ut intestabilis vivat.

in Blutschande lebenden Personen können nicht zu den intestabiles gezogen werden, da ihnen die Fähigkeit ein Zeugniß abzulegen, so wie die sog. passive testamenti factio, gar nicht, und selbst ja die sog. aktive testamenti factio nur zum Theil entzogen ist [45]).

---

45) Hänel hat eine Verordnung von Constantius aufgefunden, die Wenck in seiner Ausgabe des Theodosischen Codex als c. 2 Th. C. qui petant. 3, 18. mittheilt, nach welcher Mütter, die nicht gehörig Vormünder erbitten, und Vormünder, welche die Errichtung eines Inventars versäumen, die Befugniß Testamente zu machen, verlieren sollten. Vergl. Schrader in der Tübinger Kritischen Zeitschrift Bd. I. S. 165, 166.

Sechste Abhandlung.

Ueber die gesetzlichen Enterbungsursachen der Kinder und der Eltern.

Ungeachtet die vierzehn Ursachen, aus welchen die nächsten, so wie die entferntern Ascendenten [1]) ihre Descendenten enterben dürfen, gewöhnlich [2]) im Allgemeinen auf die Kinder, also auf die Descendenten beiderlei Geschlechts, bezogen werden [3]),

1) Novelle 115. Cap. 3. pr. . . . patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam, vel ceteros liberos . . .

2) Glück, Commentar Bd. 7. S. 209. ff., hat sie, aber nicht mit Glück, gerade darnach getrennt, ob sie beide Geschlechter angehn, oder nur eins.

3) Dieß geschieht noch in einer der neuesten Schriften über diesen Gegenstand: Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829. 8. S. 219. ff.

so läßt es sich dennoch nicht leugnen, daß nicht alle Fälle so allgemeiner Art sind. Denn der eilfte Fall, wenn das Kind sich einer ausschweifenden Lebensart ergiebt, wird ohne Ausnahme nur von den weiblichen Descendenten erklärt.

Die folgenden Zeilen sollen mit einer möglichst genauen Angabe dieser Enterbungsursachen eine Prüfung enthalten, ob dieselben auf alle Descendenten, oder nur auf männliche allein, oder weibliche allein gehen. Hier muß als allgemein angenommener Grundsatz ausgesprochen werden, daß die Novelle **115**, als neues correctorisches Gesetz, wie es sich selbst angiebt (Cap. 3. pr.), nur strikt erklärt werden kann.

Der erste Grund, wenn Jemand an seine Ascendenten Hand angelegt hat[4]), wird mit τις so allgemein bezeichnet, daß hier beide Geschlechter nothwendig darunter begriffen gedacht werden müssen; und dasselbe gilt von dem zweiten Falle,

wenn Jemand auf schwere und ungeziemende[5]) Art seine Ascendenten injuriirt hat. Denn hier ist, noch allgemeiner, das Subjekt gar nicht ausgedrückt, sondern es steckt im Verbo, gerade wie im dritten, vierten und fünften Falle.

Wenn Jemand seine Ascendenten eines Ver-

---

4) Vergl. Glück Commentar Bd. 7 S. 209..211.

5) Diese Worte sind nicht identisch, sondern Jenes bezieht sich auf das innere Gefühl der in Frage stehenden Eltern, dieß auf die allgemeinen Ansichten über das äußere Hervortreten der Injurie. Gleich der folgende Fall kann als schwere, aber nicht als ungeziemende Kränkung angesehn werden. Die Beurtheilung, welche Injurie im einzelnen Falle zur Ausschließung berechtigt, muß dem Ermessen des Richters überlassen werden. Francke das Recht der Notherben S. 404.

brechens[6]) wegen, das nicht gegen den Staat oder den Regenten gerichtet ist, anklagt. Man könnte geneigt sein anzunehmen, daß dieser Fall wegen seiner innern Beschaffenheit sich nur auf männliche Descendenten beziehen könne, weil Frauen nach fr. 8 De accusat. 48, 2 gänzlich von der accusatio ausgeschlossen waren, und dieß mag der Grund sein, aus welchem einige Neuere[7]) diesen Fall auf den Sohn beschränken. Allein da es im Justinianeischen Rechte vollkommen erlaubt war, durch einen Procurator eine Anklage vorzubringen, so stand natürlich das Recht eines Prokurators sich zur Anklage zu bedienen, auch jedem Frauenzimmer zu[8]).

Wenn Jemand Giftmischer wird, oder mit Giftmischern umgeht. Daß auch diesen Fall einige Neuere[9]) bloß auf den Sohn beschränken, ist durchaus wohl ohne alle Gründe[10]).

---

6) Hartitzsch Das Römische Erbrecht §. 118 verlangt ohne Grund ein Capitalverbrechen. Es beruht diese falsche Ansicht auf einer Verwechselung mit den Enterbungsgründen, welche den Kindern gegen ihre Eltern zustehen.

7) z. B. bei Glück Commentar Bd. 7 S. 229; Höpfner Commentar §. 478; Wening Lehrbuch Bd. III 492 № 10; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 683.

8) Archiv für Criminalrecht von Klein, Kleinschrod und Konopak Bd. 4. St. 2 № 1 §. 4 S. 7.

9) Glück Commentar Bd. 7 S. 231; Wening a. a. O. № 12; Höpfner a. a. O. № 5; Warnkönig Commentarii iuris lib. V cap. 2 §. 1030. T. III p. 294.

10) Das Wort φαρμακός, dessen sich hier der Kaiser bedient, ist generis communis.

Wenn Jemand[10a]) mit Gift oder auf sonstige Art dem Leben seiner Ascendenten nachzustellen versucht hat.

Der sechste Fall erregt schon einiges Bedenken. Hier heißt es: wenn der Sohn mit seiner Stiefmutter oder mit der Maitresse[10b]) seines Vaters sich vermischt hat. Daß hier Stiefmutter und des Vaters Maitresse nur als gewöhnliches Beispiel genannt ist, läßt sich nicht bezweifeln. Denn da Alter nicht vor Thorheit schützt, kann auch der Großvater eine Schöne, oder ein so junges Weibchen haben, welches den Großsohn reizte, verbotene Früchte zu kosten[11a]). Aber wie ist es mit dem Falle, wenn die Tochter von dem Stiefvater oder von dem Galan ihrer Mutter sich also umarmen läßt? Giebt Dieß der Mutter ein Recht zur Enterbung? Es scheint nicht. Denn theils sagt der griechische Text ausdrücklich *ὁ υἱὸς*, also die Tochter ausschließend, theils läßt sich als ein Grund für die verneinende Meinung der angeben, daß die Tochter hier, als dem schwächern Geschlechte zugehörig, für die Verführte angesehen und darum entschuldigt wird[11b]). Ist freilich Dieß nicht der einzige Verstoß der

---

10a) Auch in diesem Falle soll Justinian nach der Meinung Warnkönig's a. a. O. nur den Sohn gemeint haben.

10b) d. h. eine Person, mit welcher der Vater in wilder Ehe lebt; ein Verhältniß, das gewiß dem Römischen Concubinat sehr nahe kommt.

11a) Derselben Ansicht ist auch Francke a. a. O. S. 414.

11b) Höpfner Commentar §. 480 und Francke a. a. O. entscheiden hier anders, und erklären es für einen Enterbungsgrund »wenn die Mutter mit dem Schwiegersohne, und die Tochter mit dem Stiefvater Unzucht treibt.« Ob im Falle des Umganges mit der Maitresse wegen der

Tochter gegen die Moral, sondern gehört sie zu Denen, quae luxuriosam degere vitam elegerit (№ 11), so kann dieser Umstand als mitwirkender, niemals aber als einziger Grund der Enterbung angegeben werden.

Eben so sagt der siebente Fall: wenn der Sohn eine ungegründete Denuntiation[12]) gegen seine Ascendenten erhebt, wodurch er ihnen einen großen Schaden verursacht, und läßt daher für die Tochter diese Ursache wegfallen[13]). Zwar könnte es wegen des achten Falles scheinen, als bedürfe eine solche Einschränkung immer noch einer ausdrücklichen Erklärung, weil dort Justinian sich bewogen fühlt, am Schlusse desselben hinzuzusetzen: er wolle, daß dieser Fall nur für die männlichen Descendenten gelten solle. Allein es scheint nur so; indem Justinian diese ausdrückliche Einschränkung hier deshalb hinzufügen mußte, weil er sich bei der Darstellung des Falles selbst des auf männliche eben so gut, wie auf weibliche Descendenten gehenden Ausdrucks παῖδες bedient hatte. Doch wäre auch wegen der gesetzlich ungiltigen Bürgschaft der Frauen diese Vorsichtsklausel nicht so nothwendig gewesen.

Der achte Fall heißt so: Wenn männliche Descendenten ihrem Ascendenten, der sich im Kerker be-

---

par turpitudo des Vaters nicht etwa nur der Mutter das Enterbungsrecht zusteht? Vergl. unten Note 34 und den Schluß dieser Abhandlung.

12) Vergl. Marezoll in Löhr's Magazin Bd. 4 S. 392.

13) Zwar kann sich, wie Höpfner und Glück a. a. O. S. 223 bemerken, eine Tochter eben so gut dieser Ursache schuldig machen, als ein Sohn; allein das Gesetz schränkt einmal diesen Fall ausdrücklich auf den Sohn, ὁ υἱός, ein.

findet, und sie alle, oder einen von ihnen auffordert [14]), ihn daraus zu befreien, diese Bitte abschlagen, und weder für seine Person noch für seine etwanige Schuld sich verbürgen, ungeachtet sie dazu im Stande waren. Sehr wichtig ist hier aber der Zusatz zu den liberi: qui possunt ab intestato ad eius successionem venire. Sollte er nemlich nur sagen: die männlichen Descendenten müssen ihren eingekerkerten Ascendenten ab intestato beerben können, so wäre dieser Zusatz vollkommen müßig und überflüssig, da ja alle schon vorhergehenden Fälle und alle nachfolgenden nur von solchen Descendenten handeln und handeln können, die in Bezug auf ihren in Frage stehenden Ascendenten ein Intestaterbrecht haben. Daher geht dieser Zusatz wohl auf den Zeitpunkt der Aufforderung an diese Descendenten, daß sie in diesem Momente schon ab intestato erben könnten, also die nächsten Intestaterben sind. — Aus diesem Zusatze geht hervor, daß in allen übrigen Fällen es gar nicht darauf ankomme, zu welcher Zeit z. B. die Kränkung gegen die Großeltern vollzogen ist, ob da die Eltern noch lebten, oder da sie bereits verstorben waren; denn nur hier im achten Falle wird dieser Unterschied berücksichtigt.

Der neunte Fall: Wenn Jemandem bewiesen wird, seine Ascendenten an der Errichtung eines Testamentes gehindert zu haben [15]). Hier ist der Ausdruck

14) Novelle 115 Cap. 3 §. 8 liberi ... ab eo rogati, vel unus ex illis. Dieser Zusatz scheint theils darauf zu deuten, daß der Ascendent die Verbürgung wünscht, theils darauf daß den Descendenten dieser Wunsch nicht unbekannt geblieben sein darf.

15) Bluntschli a. a. O. S. 226 setzt hinzu: um Intestaterbe

τὶς τῶν παίδων ganz allgemein, und, um einen solchen Descendenten von der Erbfolge zu entfernen, wird es für ganz gleichgiltig erklärt, ob ein Testament schon bestehe, welches die Ascendenten ändern wollen, oder ob diese ohne Testament stürben, oder ob es doch ihnen später gelinge, ein Testament zu Stande zu bringen. Im ersten Falle müssen diese Enterbungsursache Diejenigen beweisen, welche durch das Nichtzustandekommen des Testamentes Schaden erlitten haben; im zweiten Falle Diejenigen, welche, mit Ausnahme des Hindernden, die nächsten Intestaterben sind; im dritten Falle die im Testamente bedachten Erben und Legatare. War nun in diesem frühern Testamente der Hindernde ebenfalls bedacht, so gilt er hier als indignus, und das ihm ausgesetzte Legat oder die Erbportion als ereptitium; war er darin nicht bedacht, so wird er doch mit der inofficiosi querela nicht zugelassen [16].

Der zehnte Fall ist wieder auf den Sohn eingeschränkt. **Wenn der Sohn [17] wider den Willen der Eltern Boxer (arenarius) oder Mime wird und bleibt**, trotz

---

zu werden. Dieß wird freilich der häufigste Grund sein, darf aber nicht als der einzige angegeben werden. Gesetzt z. B. die Kinder hätten sich des ersten Enterbungsgrundes schuldig gemacht, und Keiner wüßte von diesem Betragen. Hier liegt ihnen öfters mehr daran, daß dieses Betragen nicht durch das Testament öffentlich bekannt werde, als an der vielleicht geringen Erbschaft.

16) fr. 1 §. 1, fr. 2 denegandae sunt actiones ei, qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit, sive priore testamento scriptus D. si quis aliquem testari prohibuerit 29, 6.

17) Es heißt ausdrücklich ὁ υἱός; doch haben noch Hartitzsch Erbrecht §. 118 und Bluntschli a. a. O. S. 226 № 10 dieß auf Kinder im Allgemeinen ausgedehnt.

des Abmahnens der Eltern, es müßten denn dieselben eine gleiche Beschäftigung haben. Hier schließt freilich die erste Lebensart überall Frauenzimmer aus, nicht aber die zweite, wenigstens nicht nach den Begriffen seit den spätern Zeiten der Republik[18]).

Der eilfte Fall ist der einzige, welcher auf die Tochter eingeschränkt ist: Schlagen Ascendenten ihrer minderjährigen[19]) Tochter[20]) eine annehmbare Parthie vor, und versprechen eine ihrem Vermögen angemessene Mitgift, und jene weigert die Ehe, und führt einen ärgerlichen Lebenswandel[21]). Haben die Eltern aber ihre Tochter fünf und zwanzig Jahr alt werden lassen, ohne ihr einen Gatten zu wählen[22]), so soll es ihr nicht zu

18) Vielleicht hat Justinian hier nur die Söhne genannt, um nicht bei der Erwähnung der weiblichen Mimen seiner Theodora eine unangenehme Erinnerung zu erwecken.

19) Hugo heutiges Römisches Recht. Siebente Ausgabe. S. 209 Note 10.

20) Daß dasselbe auch von der Großtochter gilt, bedurfte nicht der ausdrücklichen Bemerkung von Hartitzsch Erbrecht §. 118.

21) Glück a. a. O. S. 238 will den Fall ebenfalls hierherziehn, wenn »die Eltern aller angewandten Mühe ungeachtet keinen anständigen Mann für ihre Tochter finden, und sie ergiebt sich nun der Unzucht.« Allein es ist dieß wohl eine nicht zu billigende Anwendung der bei testamentarischen Bedingungen eintretenden Regel, daß, wenn der Honorirte Alles gethan was in seinen Kräften steht, eine Bedingung zu erfüllen, dieß der Erfüllung gleich stehn solle. Denn hier fehlen durchaus die Voraussetzungen, welche jene Regel erfordert. Die Eltern sind ja hier nicht die Honorirten, sondern die Belasteten.

22) Dieß ist nach den ausdrücklichen Worten der Novelle (§. 11 parentes distulerint eam marito copulare) schon zur Entschuldigung der

verdenken sein, wenn sie gegen ihren Körper sündigt, oder ohne Zustimmung der Eltern den freien Mann zum Gatten wählt, der ihr gefällt. Hieraus folgt gar nicht, daß der minderjährigen Tochter Ehe wider Willen der Eltern, oder ihr Ausschlagen einer anständigen Parthie, allein schon Enterbungsursache ist, was vielleicht vor dieser Novelle gegolten haben mag, und was auch jetzt mehrere Juristen noch annehmen [23]). Nur können freilich die Eltern der heimlichen oder der ausgeschlagenen Ehe wegen ihre Empfindlichkeit dadurch zu erkennen geben, daß sie der Tochter nur den Pflichttheil hinterlassen [24]). Die Beziehung auf männliche Descendenten ist natürlich hier ausgeschlossen.

Der zwölfte Fall ist so allgemein, daß er alle Intestaterben begreift. Wird ein Ascendent wahnsinnig [24a]) — und

---

Tochter genügend. Allein die Neuern verlangen häufig, daß die Eltern sie am Heirathen verhindert, oder die Heirath hintertrieben haben z. B. Mackeldey Lehrbuch §. 660 № 11; Bluntschli a. a. O. S. 227; Valett Pandekten §. 1020. № 10.

23) S. Glück a. a. O. S. 238. Ungeachtet freilich der Vater (nicht aber die Mutter) das Recht hatte, die minderjährige Tochter zu einer Heirath mit einer honesta persona zu zwingen, c. 20. C. de nupt. 5, 4, so stellten sich denn doch wohl oft genug faktische Hindernisse diesem Zwange entgegen, und die Eltern enterbten alsdann die ungehorsame Tochter.

24) Denn es muß nach der Novelle ein ärgerlicher Lebenswandel von der Tochter geführt werden, der doch in einer, wenn gleich ihrem Stande unangemessenen, Heirath noch nicht liegt. Vergl. *Cuiacius* in der expositio novellae 18 in Opp. priora T. II p. 467 und Francke a. a. O. S. 409, 410.

24a) *Cuiacius* a. a. O. ist der Meinung, daß diese Bestimmung über den Wahnsinnigen auf jeden Kranken Anwendung leiden könne, theils wegen der Analogie mit dem Falle, daß ein Herr, der sich um seinen kranken

alle Kinder oder eines von ihnen bekümmert sich um ihn nicht — später aber geheilt vom Wahnsinne, so kann er im Testament sein Kind oder seine Kinder als undankbar bezeichnen. Hat er keine Kinder[25]), so sind die übrigen Intestaterben, also namentlich Ascendenten und Geschwister zur Verpflegung des Wahnsinnigen verpflichtet, und entziehen sie sich dieser Pflicht, so kann auch der zu Verstande gekommene Wahnsinnige sie im Testamente als Undankbare bezeichnen. War aber bereits vor dem Blödsinne ein Testament vorhanden, und die testamentarischen Erben[26]), von einem Fremden schriftlich[27]) aufgefordert sich des Wahnsinnigen anzunehmen, haben dieß nicht gethan, so werden sie als indigni von der Erbschaft ausgeschlossen, und der fremde Verpfleger des Wahnsinnigen tritt an ihre Stelle[28a]).

Der dreizehnte Fall geht wieder auf die Descendenten beiderlei Geschlechts. Bemüht sich irgend ein, wenigstens achtzehnjähriger[28b]), Descendent nicht, seinen

Sklaven nicht kümmere, sein Eigenthum verliere c. 1 §. 3 C. de lat. lib. 7, 6, theils wegen der Basiliken, die überhaupt von einem kranken, hilflosen und schwachen, Ascendenten sprechen. Wegen der Ausdehnung dieses Falles in den Basiliken ist denn auch *Cuiacius* der Meinung, daß bei allen Enterbungsfällen eine ausdehnende Erklärung zulässig sey.

25) Aber nur in diesem Falle: *παίδων αὐτῷ μὴ ὑπόντων.*

26) Mögen sie durch das Testament oder auch zugleich durch das Gesetz zu Erben berufen sein.

27) Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. III S. 285 № 2.

28) Wenn sich kein Verpfleger findet, so sukzedirt der Fiskus. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 782. Note 8. Sehr häufig wird diese Succession des Verpflegers als extraordinaria successio ex speciali

in Gefangenschaft gerathenen Ascendenten[29]) zu ranzioniren, und dieser kommt aus der Gefangenschaft, so kann er jenen nachlässigen Descendenten enterben. Man kann in diesem Falle eben so gut wie im vorigen eine subsidiäre Species der Intestaterbfolge annehmen, die aber nirgends erwähnt wird. Stirbt nemlich ein solcher Gefangener, den keiner seiner bereits achtzehnjährigen Descendenten oder anderen Intestaterben oder im Testament bereits eingesetzten Erben, die ihre Einsetzung kannten, losgekauft hat, in der Gefangenschaft, so eignet sich die Kirche des Ortes, von wo aus der Verstorbene ins Feld zog[30]), sein hinter-

---

fundamento bezeichnet; allein mit Unrecht, indem der Verpfleger, sein Recht auf die indignitas der Erben stützend, sie alle ausschließt.

28b) Ungeachtet es in Novelle 115. cap. 3. heißt: hanc autem poenam contra illos valere iubemus, qui octavum et decimum suae aetatis annum compleverunt, so ist doch diese Altersbestimmung überall, nur nicht bei Eustathius, übergangen. Vergl. v. Buchholz Versuche Königsberg, 1831. 8. S 211.

29) Es heißt hier ἕνα τῶν γονέων; der Ausdruck geht also nur auf männliche Ascendenten. Aber entweder ist hier absichtlich das Maskulinum gebraucht, weil die größere Wahrscheinlichkeit dafür sprach, daß nur Mannspersonen in Gefangenschaft kommen würden, oder es ist statt ἕνα, wie es in den §§. 8, 11, 12 und 14 heißt, τίνα zu lesen.

30) Die Vulgata übersetzt die Worte ἐξ ἧς ὥρμηται mit ex qua oritur, eben so zweideutig, wie Hombergk mit unde ortus est, indem ortus in solcher Zusammenstellung gemeinhin für natus genommen wird. Glück Intestaterbfolge §. 30. S. 116. nennt daher hier die Kirche des Geburtsorts. Allein ὁρμᾶσθαι heißt niemals nasci. In c. 9. C. de paganis 1, 11, welche vollständiger jetzt von Heimbach in Savigny's Zeitschrift Bd. VIII. S. 102. mitgetheilt ist, wird verordnet, es solle der Kirche des Ortes, wo der Heide wohnte, Dasjenige zufallen, was ihm

lassenes Vermögen zu, und läßt ein öffentliches Inventar darüber verfertigen, damit Nichts verloren gehe. Doch soll dieß so gewonnene Vermögen dazu verwendet werden, Gefangene loszukaufen. Hier sind also die Gefangenen die Intestaterben mit Ausschluß des Fiskus, und die Kirche kann man als einen gesetzlichen Testamentsexekutor betrachten. War ein Testament da, so tritt auf gleiche Weise die Kirche an die Stelle der im Testamente eingesetzten Erben, indem der ganze unwesentliche Inhalt des Testaments bei Kräften bleibt, der Ueberschuß aber zum Loskauf der Gefangenen bestimmt wird. War es ein Hauskind, welches durch Vernachläßigung seiner Intestat- oder testamentarischen Erben in der Gefangenschaft umkam, so bekommt die Kirche nnr über dasjenige Vermögen die Disposition, über welches das Hauskind zu disponiren befugt gewesen war. — In diesem Falle scheint es der ratio des Gesetzes gar nicht zu widerstreiten, daß, wenn irgend ein auch entfernter Verwandter Schritte, wiewohl vergebliche, zur Befreiung gethan hat, Dieser die Kirche ausschließt.

Auch der letzte, der vierzehnte Grund, geht auf beide Geschlechter, nämlich wenn ein Descendent orthodoxer Eltern sich zu einer dissentirenden Kirche bekennt[31]).

---

hinterlassen ist. Ganz gewiß ist auch in unserer Novelle der bisherige Wohnort des Verstorbenen gemeint, welcher regelmäßig derjenige sein wird, von welchem aus Jeder ins Feld zieht. Noch wahrscheinlicher wird Dieß durch die Vergleichung mit c. 49. C. de episcopis 1, 3, worin Justinian verordnet, daß, wenn der Testator sein Vermögen zum Loskaufen von Gefangenen bestimmt habe, der Bischoff der Stadt, in qua testator larem fovere ac degere noscitur, der gesetzlichen Testamentsvollstrecker sein solle. Vergl. noch fr. 39. §. 1. De cond. et dem. 35, 1 und *Cujacius* in der expositio Novellae 131.

31) Es zeigt sich hier eine bei den meisten übrigen Fällen nicht ein-

Zugleich lassen sich hieran die Enterbungsgründe der Kinder gegen ihre Eltern anschließen.

1) Wenn von den Eltern Kinder eines Verbrechens wegen, worauf der Tod steht, der Obrigkeit überliefert werden, mit Ausnahme des Falles, der sich auf Verbrechen gegen den Re-

---

tretende Besonderheit. Die zu einer ketzerischen Sekte z. B. zu den Manichäern übergetretenen ehemaligen Rechtgläubigen dürfen sogar nicht zu Erben eingesetzt werden, auch wenn die Eltern es wollten, weil die Fähigkeit zu succediren ihnen fehlt c. 3. Hi, qui sanctam fidem prodiderunt, et sanctum baptisma haeretica superstitione profanarunt . . . nulli in hereditate succedant, a nemine scribantur heredes C. de apost. 1, 7; c. 4. §. 2. C. de haeret. et manichaeis 1, 5. Ist daher ein Testament gemacht von orthodoxen Eltern, die nur dissentirende Kinder haben, und sind darin dieselben zwar exheredirt, aber ohne Angabe des gesetzlichen Grundes, so würde, wenn man hier das Testament für ungiltig erklären wollte, dieß nur eine ipso iure eintretende Nullität sein können, da ja die abtrünnig gewordenen Ketzer mit ihrer inofficiosi querela officio iudicis abgewiesen werden müßten, und es würde dieser Fall sehr gut die Richtigkeit des reinen Inofficiositäts-, so wie des sogenannten gemischten Systems zeigen. Allein es fragt sich, ob man nicht jene Kinder in Beziehung auf das Testament wegen ihrer mangelnden testamenti factio als gar nicht vorhanden betrachten, und den eingesetzten Erben, wenn er antreten will, ruhig im ungeschmälerten Besitze der Erbschaft lassen dürfe. Ganz Dasselbe kann man auch im neunten Falle von Dem behaupten, welcher seine Ascendenten verhindert hat, ein Testament zu machen, oder ein gemachtes zu ändern, indem in beiden Fällen, mag er ab intestato oder ex testamento auftreten, die Klage ihm verweigert wird fr. 2. pr. D. si quis aliquem 29, 6. Auch im eilften Falle, wenn der Wahnsinnige, um den sich seine testamentarischen und Intestaterben nicht bekümmert haben, gesund stirbt, sind die Erben, die ihn ehemals vernachläßigt haben, als indigni von der Erbschaft zurückzuweisen. Vergl. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 782. Note 8.

genten bezieht[32]). Hier muß natürlich der Sohn entweder freigesprochen oder begnadigt sein, um seine Eltern nachher enterben zu können.[32a])

2) Wenn die Eltern dem Leben ihrer Kinder durch Gift, Zaubermittel, oder auf andere Weise nachstellen.

3) Wenn der Vater mit der Frau oder mit der Maitresse seines Haussohnes[33]) sich einläßt[34]).

4) Wenn die Eltern ihre Hauskinder[35]) über die Sachen, über welche sie testiren dürfen, ein Testament zu machen zu verhindern suchen[36]).

5) Eigenthümlich ist folgender Fall. Wenn ein Gatte dem Andern durch Gift seinen Verstand zu zerrütten oder auf ir-

---

32) Dieß ist aber die einzige Ausnahme; daher Verbrechen gegen die Eltern selbst versucht, und von diesen vor der Obrigkeit angezeigt, auch eine Enterbungsursache bilden, wiewohl Dieß Glück a. a. O. S. 245. wegen der gar nicht hierhergehörigen c. 14. C. de his qui accusare. 9, 1. leugnet.

32a) Vielleicht können aber auch die Eltern als indigni angesehn werden.

33) Novelle 115. Cap. 4. §. 3. *τοῦ οἰκείου παιδός*. Diese Beschränkung wird nie gemacht, ungeachtet auch der nächste Fall nur von Hauskindern spricht. Vielleicht hing dies mit den umfassendern Rechten oder der größern Nähe des Vaters zu den Hauskindern zusammen.

34) Auch hier (s. Note 11.) kann gefragt werden, ob im Fall des unerlaubten Umganges mit der Maitresse des Haussohnes wegen der par turpitudo des Sohnes auch diesem oder nicht etwa blos der Tochter das Enterbungsrecht zustehe?

35) Denn auch die Haustochter kann ein Geschenk von der Regentin, als quasicastrense peculium haben. Vergl. jedoch *C. F. Walch* Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. cap. 2. membr. 2. §. 10. ed. Schmid. p. 102, 103.

36) Hier heißt es ausdrücklich, daß dieselben Grundsätze, wie beim verhinderten Testamente der Eltern eintreten sollen.

gend eine Weise sein Leben zu rauben sucht, so soll dieß Verbrechen öffentlich untersucht, und nach den Gesetzen bestraft werden; die Kinder [37]) aber sollen das Recht haben, dem Verbrecher in ihrem Testamente Nichts hinterlassen zu dürfen [37a]).

6) Wenn die Kinder, oder eins von ihnen wahnsinnig wird, und die Eltern sich nicht darum bekümmern [38]).

7) Wenn die Eltern sich nicht bemühen, ihr Kind, das in Gefangenschaft sich befindet, zu ranzioniren, so steht es dem auf andere Weise befreiten Kinde frei, von dem Vermögen, worüber es testiren kann, seine Eltern auszuschließen [39]).

8) Wenn ein orthodoxes Kind merkt, daß seine Eltern andere religiöse Ueberzeugungen hegen [40]).

Ganz übereinstimmend sind hier schon den Gesetzesworten nach der vierte, sechste, siebente und achte Fall mit dem neunten, zwölften, dreizehnten und vierzehnten Falle bei den Eltern. Der dritte ist vollkommen analog dem dortigen sechsten, und hier eben so auf den Vater, wie dort auf den Sohn einge-

---

37) Hier ist es gleichgiltig, ob die Kinder von der väterlichen Gewalt befreit sind, oder noch in derselben stehn.

37a) Ob die vergiftete Person zu den Stiefeltern oder zu den rechten Eltern gehört, thut nichts zur Sache; denn in der Novelle wird nicht verlangt, daß der Vergiftete leiblicher Ascendent des Kindes sey, was jedoch Francke a. a. O. S. 411. № 5. will.

38) Auch hier heißt es ausdrücklich, daß dieselben Grundsätze in diesem Falle eintreten sollen, die bei den wahnsinnigen Eltern gelten.

39) Hier gelten durchaus dieselben Grundsätze wie bei den gefangenen Eltern; daher sind hier nicht bloß Eltern, sondern auch Geschwister welche in einer solchen Gleichgiltigkeit ihre Geschwister dahin sterben lassen, so wie auch alle ihre übrigen Intestat- und Testaments-Erben auszuschließen.

40) Auch hier sollen dieselben Grundsätze, wie bei den Eltern eintreten.

schränkt. Die Aehnlichkeit (nicht aber die Identität) des ersten und zweiten Falles mit dem dortigen dritten und fünften ist nicht zu verkennen.

Suchen wir die einzelnen Enterbungsgründe unter ein allgemeines Prinzip zu bringen, so bietet sich wohl folgender allgemeine Grundsatz am leichtesten dar: Unmittelbare (positive) und mittelbare (negative) Kränkungen der Descendenten gegen ihre Eltern geben diesen ein Recht zur Enterbung. Diesen Grundsatz hat eigentlich schon der zweite Fall mit den schweren und ungeziemenden Kränkungen ausgesprochen [41]), und alles Uebrige enthält nur Beispiele dieses Satzes: № eins, drei, fünf, sechs, sieben und neun für unmittelbare, № acht, eilf, zwölf und dreizehn, denen sich auch № vier, zehn und vierzehn anschließen lassen, für mittelbare Kränkungen; doch ist es unstreitig, daß die letzt genannten drei Nummern eben so viel leichtere Vergehen enthalten, als sie durchaus nicht in so naher Beziehung auf die Eltern stehen, wie die übrigen. Justinian hat auch № vier und zehn nicht auf die Kinder-Testamente übertragen, und hätte auch allgemeinen Grundsätzen gemäß dieß mit der vierzehnten Nummer nicht thun sollen. Allein dieß gestattete nicht seine große Vorliebe für die Orthodoxen [42]). Von den vier Fällen endlich, in welchen nur der Sohn (№ sechs, sieben, acht und zehn), und dem einen, in welchem nur die Tochter (№ eilf) enterbt werden kann, ist ein ein-

41) Bluntschli a. a. O. S. 230, 231.

42) Dafür ist diesen Fällen ein neuer (der fünfte) substituirt, welcher mit dem vierten bei den Testamenten der Eltern Aehnlichkeit hat, nur daß hier die Ausübung der schrecklichen Thätigkeit gegen das nächste und theuerste Wesen (den Gatten oder die Gattin) gefordert wird.

ziger, (№ sechs) auf das umgekehrte Verhältniß übertragen, die andern leiden gar keine Anwendung auf Kinder-Testamente.

So gut nun die Absicht Justinians war, so schlecht scheint er sie erreicht zu haben; denn während alle Gründe bis auf einen das Recht so strenge als möglich fixiren, öffnet dieser eine, der zweite, wenn man ihn auch auf wirkliche Injurien beschränkt, allen Chikanen und der richterlichen Willkühr das weiteste Feld[43]).

Erst hier kann nun auch die Frage beantwortet werden, ob der Descendent, wenn er sich in einem der genannten Fälle befindet, von beiden Eltern, von der Mutter sowohl als vom Vater, enterbt werden könne, oder nur von einem dieser beiden. Der sechste Fall erscheint namentlich so gestaltet, als gäbe er seiner Natur nach nur dem Vater ein Enterbungsrecht. Wie aber, wenn die rechte Mutter noch am Leben ist, nur geschieden von ihrem Ehemanne? Soviel scheint außer Zweifel, daß der vierte und zehnte Fall, da er seiner Natur nach nicht eine Handlung in unmittelbarer Beziehung auf die Eltern voraussetzt, auch beide Eltern zur Enterbung berechtigt. Allein selbst auch in diesem zehnten Falle kann ein Streit darüber entstehen, wie es zu halten, wenn der Vater z. B. ein Pantomime ist, die Mutter aber sich von dieser niedrigen Lebensart frei erhält.

Alles kommt hier lediglich auf die Worte, doch nicht allein auf diese, sondern auch auf den Geist der Novelle an. Denn die Worte sind bereits höchst verschieden erklärt. So glaubt

---

43) Bynkershoek Observationes lib. V cap. 5 hat daher nicht ganz Unrecht, wenn er den Streit, ob die angegebenen Ursachen die einzigen, ausschließlichen, sind, oder noch stärkere neben sich zulassen, für überflüssig erklärt.

Pufendorf[44]), daß, weil bei der ersten Enterbungsursache[45]) die γονεῖς verbunden genannt sind, daraus geschlossen werden könne, daß überall beiden Eltern die Enterbung zustehe, zumal da Justinian nur überall von undankbaren oder lieblosen (ἀχάριστοι) Kindern spreche, ohne ausdrücklich zu verlangen, daß sie gerade gegen Diesen oder Jenen aus dem Eltern-Paare lieblos oder undankbar sind. Allein dagegen ist schon[46]) richtig bemerkt, daß in dem Plural nicht die Bedeutung des Copulativen allein, sondern auch die des Alternativen (Vater oder Mutter) liege. Die Richtigkeit dieser Bemerkung geht für den vorliegenden Fall theils aus dem Proömium des Capitels hervor, wo von pater vel mater, avus vel avia die Rede ist, theils daraus, daß im achten, eilften, zwölften und vierzehnten Falle τὶς τῶν γονέων, und im dreizehnten εἷς τῶν γονέων genannt wird, ohne daß doch irgend ein Interpret zwischen diesen Fällen und denen, wo γονεῖς genannt werden, eine materielle Verschiedenheit gefunden hätte oder finden könnte. Auch wird von Justinian im zwölften und dreizehnten Falle ausdrücklich nur dem aus der Gefangenschaft und vom Wahnsinn-Befreiten **selbst** das Recht der Enterbung eingeräumt; und hieraus läßt sich wohl mit Recht Dasselbe für die übrigen Fälle schließen. Allein wenn wir gleich auch zugestehn, daß aus den Worten des Gesetzes allein nicht mit der größten Evidenz hervorgeht, daß eine Injurie des Kindes gegen den Vater nicht der Mutter das Recht zur Enterbung gebe und umge-

44) Observv. iuris universi T. II Obs. VI p. 39.

45) Eben so auch in der fünften, siebenten, neunten und zehnten Enterbungsursache.

46) C. F. *Hommel* Rhapsod. Obs. 260.

kehrt, so muß diese Ansicht doch durch folgende Bemerkung zu einer zweifellosen erhoben werden. Die Enterbung wird von Justinian selbst[47]) ausdrücklich eine poena genannt, und wenn sich auch dieser Ausdruck nicht fände, so wäre die Sache doch nicht zu bezweifeln. Nun sagt aber Paulus[48]): In poenalibus causis benignius interpretandum est, und Hermogenianus[49]): Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae. Darnach scheint es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß auch bei der Erklärung dieser Novelle die christliche Milde vorherrschen, und darnach bestimmt werden muß, daß die nur dem Einen der beiden Eltern zugefügte Injurie nicht dem Andern das Recht der Enterbung gebe[50]). Dieß aber ist allerdings einzuräumen, daß, wenn die Schmähungen gegen die eigene oder gegen die Stief-Mutter[51]) den Zweck haben, den Vater zu beschimpfen, diesem ohne Zweifel das Recht der Enterbung zusteht[52]). Daher wird im

---

47) Am Ende des vierten Capitels der Novelle 115.

48) fr. 155 §. 2 De R. I. 50, 17.

49) fr. 42 De poenis 48, 19.

50) Vorzügliche Berücksichtigung verdient aber auch, was Francke a. a. O. S. 405 hervorhebt, daß, wolle man der entgegengesetzten Ansicht folgen, dem väterlichen Großvater schon die Enterbung zustehn müsse, wenn die Injurie des Großkindes nur gegen den mütterlichen Großvater gegangen war.

51) In dieser Beziehung werden auch diejenigen Juristen, wie z. B. Höpfner a. a. O. §. 478 Note 1, welche sonst Injurien, gegen die Mutter oder gegen die Stiefmutter begangen, unterscheiden, mit uns übereinstimmen.

52) *van de Poll* liber singularis de exhered. et praeterit. Amste-

vierten Falle zwar, wenn der Sohn Giftmischer wird, oder im eilften, wenn die minderjährige Tochter einen ärgerlichen Lebenswandel führt, beiden Eltern das Recht der Enterbung zustehen, dagegen muß überall bei den unmittelbaren Lieblosigkeiten z. B. bei Realinjurien gegen Vater oder Mutter, nur dem Verletzten das Recht der Enterbung zugesprochen werden. Dieser Grundsatz wird also auch im sechsten Falle der entscheidende sein, und hier keinesweges der Mutter das Recht der Enterbung zustehen. Im zehnten und vierzehnten Falle endlich, werden wir wegen der den Gesetzen gemäßen billigen Auslegung sagen müssen, daß nur, wenn beide Eltern sich von dem Gewerbe eines Mimen fern halten, und der Sohn wider beider Eltern Willen Mime wird, dieß ein Enterbungsgrund für beide Eltern sey [53]). Consentirt einer von den Eltern zu der Wahl dieses Gewerbes, so verliert er das Recht der Enterbung. Für beide Eltern aber fällt dieses Recht fort, wenn entweder der Vater oder die Mutter Mime ist. Eben so verhält es sich im vierzehnten Falle, wenn nicht die Ketzerei der Kinder von der Art ist, daß sie ihre (passiva) testamenti factio aufhebt.

Was nun die acht Enterbungsursachen der Kinder gegen ihre Eltern betrifft, so ist von vieren, vom vierten, sechsten, siebenten und achten Falle, schon von Justinian bemerkt, daß

---

lodami 1712. 4. cap. 49 §. 10. §. 22; *Pufendorf* a. a. O. Obs. VII. *Walch* Introductio in controversias iur. civ. Sect. II. cap. 4 membr. 2 Ed. III p. 211.

53) *Cuiacius* in der expositio novellae 18 in Opp. prior T. II p. 467 sagt: si filius arenarius aut mimus fuerit, nisi et pater ipse eiusdem conditionis sit.

hier ganz das Nemliche gelten solle, was bei den Enterbungsursachen der Eltern gegen ihre Kinder; und da der erste, zweite und dritte Fall hier dem dritten, fünften und sechsten Falle dort correspondirt, so gilt gewiß auch dieselbe Regel bei ihnen. Dagegen der fünfte Fall, wo ein Gatte dem andern nachstellt, ist schon seiner Natur nach von der Beschaffenheit, daß er alle Kinder auf gleiche Weise berührt. Ja wegen seiner absoluten Strafbarkeit läßt sich auch wohl vertheidigen, daß Stiefkindern Dessen, gegen welchen das Verbrechen versucht wurde, das Enterbungsrecht zustehe.

Siebente Abhandlung.

Ueber die Beschränkung des ius accrescendi bei der testamentarischen Erbfolge.

Nur als einen Grundsatz der Intestaterbfolge, nicht auch als einen Grundsatz, der für die Succession aus einem Testamente Giltigkeit hat, liest man in den Lehrbüchern, in welchen für beide Arten der Erbfolge gesonderte Grundsätze in Beziehung auf das ius accrescendi der Erben aufgestellt sind, folgenden: Ist der Antheil eines Miterben durch das Gesetz auf ein gewisses Maximum beschränkt, so kann ihm, wenn er das Maximum bereits hat, das Anwachsungsrecht keinen weitern Zuwachs verschaffen [1]). Allein dieser Grundsatz muß ebenfalls

1) Seuffert Pandekten §. 593 Note 13; Mackeldey Lehrbuch §. 698 № 3. Note c; (Beide führen Novelle 115 Cap. 5 als Beweis-

als Regel für das Anwachsungsrecht unter testamentarischen Erben gelten. Auch lassen sich für denselben wenigstens drei Anwendungsfälle aufzählen, nemlich theils die Berücksichtigung des zweiten Ehegatten, bei dem ein relatives Maximum, theils die Berücksichtigung der Concubine und deren Kinder, theils endlich die Berücksichtigung des zweiten Ehegatten, wenn die Frau durch Eingehung der folgenden Ehe das Trauerjahr verletzt hat [2]), in welchen beiden letzten Fällen ein absolutes Maximum festgestellt ist.

Hat Jemand im Testamente seinen zweiten Ehegatten auf ein Drittel, seine beiden Kinder erster Ehe jedes ebenfalls separatim auf ein Drittel zu Erben eingesetzt, so wird, wenn eins dieser Kinder wegfällt, der zweite Ehegatte ebenso gut von diesem Drittel die eine Hälfte iure accrescendi erhalten, als der Bruder des Weggefallenen. Anders aber ist es, wenn der verstorbene Mann so testirt hatte: Mein Sohn erster Ehe soll das eine Drittel meines Vermögens, meine Tochter erster Ehe und meine Frau sollen die beiden andern Drittel erben. Fällt jetzt die Tochter aus, so würde nach den allgemeinen

---

stelle an statt der Novelle 117 Cap. 5); Hartitzsch Erbrecht §. 197 №. II; Desselben Römisches Privatrecht S. 432; Günther Principia §. 840 B. 1 Note n; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum T. III §. 788; Glück zweite Intestaterbfolge §. 45 S. 156. II; Baumeister das Anwachsungsrecht der Miterben S. 41.

2) Die Worte in fr. 55 §. 1 De leg. II Si eo herede instituto, qui vel nihil, vel non totum capere potest u. s. w. müssen nach Aufhebung der lex Iulia et Papia Poppaea im neuesten Justinianeischen Rechte auf die im Texte genannten Fälle bezogen werden.

Regeln die zweite Ehegattin als re coniuncta ihrer Stieftochter die vakante Erbportion derselben ganz allein in Anspruch nehmen. Allein dann würde sie zwei Drittel, der Sohn erster Ehe nur ein Drittel haben. Dieß aber streitet gegen die Verordnung von Leo und Anthemius in c. 6 C. de sec. nupt. 5, 9 [3]), und daher müssen wir dem Bruder des Verstorbenen einen Vortheil, und zwar das ganze Drittel zusprechen. Hiegegen könnte man behaupten, es wäre nicht nöthig, um dem Gesetze zu genügen, daß der Sohn erster Ehe das ganze Drittel erhielte; sondern es genügte schon, damit die zweite Frau nur nicht mehr wie das Kind erster Ehe erhielte, wenn der überlebende Sohn ein Sechstel, die Frau das andere Sechstel erhielte. Allein dagegen läßt sich repliziren, daß der Testator die böse Absicht gehabt habe, seiner Frau gegen das Gesetz ein Mehreres zuzuwenden, und darum sie mit dem einen Kinde zusammen auf zwei Drittel eingesetzt habe. Denn die

3) Deutlicher als in der c. 9 desselben Titels wird der Inhalt dieses Gesetzes von Justinian in Novelle 22 Cap. 27 referirt: Dicit enim, si ex priore matrimonio parentes habeant liberos, deinde secundum vel sequens matrimonium ineant, quod neque patres in novercam, nec matres in vitricum quamcunque liberalitatem inter vivos conferre, vel mortis causa quid relinquere possint, nisi tantum, quantum unus filius aut filia, si solus sit, a parente habet. Si vero plures sint liberi et singuli aequalem habeant partem, vitricus vel noverca non plus accipient, quam ad singulos pervenit. Sin autem inaequalia sint ea, quae relicta sunt, necesse sit, ut ad novercam vel vitricum ex quacunque liberalitate parentis tantum veniat, quantum filius, qui minimum habet, ex bonis illius vel ultima voluntate relictum, vel etiam inter vivos datum capit. Vergl. noch Cap. 28. und Cuiacius Recitt. in Cod. ad c. 6. C. 5, 9 in Opp. post T. V p. 488.

Römer sehen dieß so an, als sey Jede dieser Beiden auf die ganzen zwei Drittel instituirt (concursu fiunt partes)[4]. Der Grund, warum in jenem Falle die Frau so gut fährt, in diesem Falle aber nichts erhält, liegt darin: In diesem Falle hatte der Mann eine Begünstigung seiner Frau zuzuwenden gegen das Gesetz versucht. Dieß muß durch das Gesetz gehindert werden. In jenem Falle hatte der Mann nicht sowohl, als die Vorsehung die Frau vorzugsweise begünstigt, und solche Glücksfälle wollte kein Gesetzgeber hindern.

Wie nun aber, wenn der Verstorbene einen Sohn erster Ehe auf zwei Fünftel der Erbschaft, seine Frau zweiter Ehe mit noch zweien Andern auf die übrigen drei Fünftel der Erbschaft instituirt hatte? Man könnte hier behaupten, daß zwar, wenn Einer dieser beiden Erben wegfällt, die Frau ein Zehntel der Erbschaft in Anspruch nehmen könne, weil sie dann doch noch nicht einmal so viel erhalte, als der Sohn erster Ehe; daß aber, wenn beide re et verbis coniuncti der Frau wegfielen, der Frau gar kein ius accrescendi zustände, weil sie dadurch mehr als der Sohn erster Ehe erhalten würde, daß also beide vakante Fünftel dem Sohne zufallen mußten. Allein da man hier weniger wohl eine Begünstigung von Seiten des Mannes, als Seiten des Schicksals für die Frau finden könnte, so muß man wohl eher hier in so weit ein ius accrescendi für die Frau zulassen, daß sie nur nicht mehr erhält[5]), als der

---

4) fr. 80 De legatis III; Vaticana fragmenta de usufructu p. 7 l. 24 (§. 77).

5) Denn es wird nicht so sehr auf das Hinterlassen, als das wirkliche Erhalten (habere, accipere, pervenire, capere. S. Note 2) gesehn; und auch im Kap. 28 der Novelle 22 heißt es: eventus, uti vocatur, inspiciatur.

Sohn erster Ehe, so daß dieser ein Zehntel, die Frau aber iure accrescendi drei Zehntel, zusammen also mit der ihr vom Manne bestimmten Portion die Hälfte der Erbschaft erhält (non plus accipit, quam ad singulos pervenit).

Eine Frau, welche durch Eingehung der zweiten oder einer folgenden Ehe das Trauerjahr verletzt hat, darf nach der bekannten Verordnung von Gratian, Valentinian und Theodosius [6]) ihrem zweiten oder folgenden Manne nicht mehr als den dritten Theil ihres Vermögens hinterlassen. Auch durch das ius accrescendi darf daher sein Erbtheil niemals ein Drittel des ganzen hinterlassenen Vermögens übersteigen. Natürlich muß hier, wenn Kinder aus der ersten Ehe da sind, diesen jedem wenigstens auch ein Drittel zufallen [7]), wenn es nicht giltig enterbt ist.

Wohl nicht gewagt erscheint die Behauptung, daß eine Wittwe, welche während des Trauerjahres von einem andern Manne, ohne mit ihm in der Ehe zu leben, ein Kind zeugt, diesem ebenfalls nicht mehr als den dritten Theil ihres Vermögens hinterlassen darf, da Justinian einer solchen Frau ganz dieselben Strafen droht, als der, welche sich während des Trauerjahrs verheirathet [8]), und es gewiß eine Strafe genannt

6) c. 1 Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem notissimo fit infamis; praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat. C. de secundis nuptiis 5, 9.

7) Hierauf macht schon die Glosse zur const. 1 aufmerksam. Vergl. Cuiacius Recitt in lib. 5 Cod tit. 9 c. 1. in Opp. post. T. V p. 473. und in der Expositio novellae 22 in Opp. priora T. II p. 483.

8) Novelle 39. Cap. 2 §. 1. Quare sancimus, si quid tale conti-

werden kann, in der Liberalität gegen seinen Geliebten beschränkt zu sein.

Gesetzt endlich, ein Vater hinterläßt außer vier ehelichen Kindern eine Concubine. Von den ehelichen Kindern sind drei, Jedes auf ein Viertel, das älteste nur auf fünf Vierundzwanzigstel, die Concubine endlich auf ein Vierundzwanzigstel eingesetzt, so wird, wenn auch eins der ehelichen Kinder wegfällt, die Concubine nichts mehr als ihr ein Vierundzwanzigstel erhalten können [9]). Für sie ist in diesem Falle das ius accrescendi nicht vorhanden. Wäre sie auf weniger instituirt gewesen, als auf ihr Maximum, so wäre ihr das ius accrescendi zu Statten gekommen; doch höchstens nur bis zur Erlangung des Maximums. Dasselbe gilt, wenn die Concubinenkinder allein, oder neben ihrer Mutter nicht auf ihr Maximum instituirt sind. Denn daß die Concubine und deren

---

gerit, et mulier intra tempus luctus sub finem anni pariat, ut indubitatum sit, sobolem non ex priori esse matrimonio, ut ipsa donatione ante nuptias, et quoad dominium et quoad usumfructum (Homb. proprietatem) plane privetur, reliquisque poenis omnibus subiiciatur, perinde ac si legitimas secundas nuptias intra tempus luctus contraxisset. Cuiacius bemerkt mit Recht in der expositio dieser Novelle, daß die Frau in dem hier genannten Falle sowohl ihre Pflichten gegen den Mann als gegen ihre Kinder verletze.

9) Novelle 89 Cap. 12 §. 2 ... sancimus, si quis legitimos liberos habeat, ut liberis illis eorumque matri, ultra unam unciam relinquere, vel naturalibus liberis, vel concubinae donare non possit; hoc enim in priore constitutione ratum habemus. Sed et si quid amplius quocunque modo dare velit, hoc liberorum sit legitimorum. Si vero liberi quoque non adsint, sed concubina solum, huic dimi-

Kinder nur unter einander ein ius accrescendi haben sollen, was einige Neuere [10]) behaupten, ist in dem Falle, wenn sie nicht auf ihr Maximum instituirt sind, gewiß irrig.

---

diam unciam dari vel relinqui permittimus. Vergl. Cuiacius in der expositio novellae 18.

10) z. B. Wening gemeines Civilrecht B. V §. 187 Note pp; Valett Pandekten §. 1090.

Achte Abhandlung.

Ueber ein Paar Fälle, in welchen der Abzug der Falcidischen Quart wegfällt.

Ueber alle Zweifel erhoben ist es durch die scharfsinnigen Untersuchungen von Löhr [1]) und von Zimmern [2]), daß die dürftige Ehefrau die ihr gebührende quarta pars bonorum auch in Form eines Legates erhalten kann, also namentlich auch in Form einer partitio legata. Allein bisher ist noch nicht folgendes nahe liegende Resultat daraus gezogen, dessen Richtigkeit viel für sich zu haben scheint.

Da diese quarta pars bonorum der dürftigen Wittwe durch keine letztwillige Disposition ihres Mannes geschmälert

1) In seinem und Grolman's Magazin Bd. III № 10.

2) Grundriß des Erbrechts. Heidelberg 1823. 8. S. 59 ff.

oder entzogen werden darf [3]), so kann man wohl sicher sie mit dem Namen eines Pflichttheils [4]) belegen. Nun fällt aber bei jedem Legate, welches auf den Pflichttheil eingerechnet werden soll, das Recht, die Falcidische Quart abzuziehen, fort [4]); also auch bei dem der dürftigen Wittwe [5]) ausgesetzten Legate der ihr gebührenden Quote des Vermögens. Enthält das Vermächtniß eine größere Quote als ein Viertel, oder betragen die der dürftigen Frau hinterlassenen Sachen mehr als ein Viertel der Erbschaft, so wird allerdings die lex Falcidia wieder zur Anwendung kommen, aber der Abzug doch nur in so weit Statt finden können, daß nicht das gesetzliche Viertel der Wittwe geschmälert wird. Wollte man aber auch mit

---

3) Glück Intestaterbfolge §. 121; Francke das Recht der Notherben §. 38.

4) Roßhirt Einleitung in das Erbrecht S. 198; Francke a. a. O. S. 482.

4) c. 36 pr. C. de inoff. test, 3, 28. Vergl. fr. 87 §. 4 De legatis II. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. 14 resp. Pauli zu dieser Stelle in Opp. post. T. III p. 81.

5) Eine Concubine, mit welcher später ihr Freund eine giltige Ehe abgeschlossen hatte, um die mit ihr erzeugten Kinder zu legitimiren, wurde nie als arme Frau angesehn, concurrirte daher nie bei der Beerbung mit ihren Kindern, oder andern Verwandten ihres verstorbenen Gatten, sondern wurde stets von diesen ausgeschlossen. Denn Justinian gab ein mit allen andern Erben concurrirendes Erbrecht der überlebenden Frau nur dann: si quis uxorem aliquando sine dotalibus acceperit (Novella 117 cap. 5); und bei einer per subsequens matrimonium vor sich gehenden Legitimation durfte diese Ehe nur stets unter Errichtung von dotalia instrumenta eingegangen werden. Novelle 18 und 89 Cap. 8. *Iordens* de legitimatione diss. II cap. 4 §. 15. Vergl. jedoch c. 4 §. 4 C. de advocatis div. iud. 2, 8 und *Cuiacii* Observ. XIII, 4.

Spangenberg [5a]) die dürftige Wittwe als Gläubigerin gegen den Nachlaß des verstorbenen Mannes betrachten, so wird das ihr ausgesetzte Legat, insofern es nicht die ihr gebührende Quote übersteigt, als debiti legatum angesehen, und insofern ebenfalls die Anwendung der lex Falcidia ausschließen.

Der andere hierher gehörige Fall, in welchem die Anwendung der lex Falcidia ebenfalls wegfällt, scheint folgender zu sein. Zu den einzelnen Anwendungsfällen der mortis causa capio werden unbestritten [6]) folgende drei gezählt. Einmal Dasjenige, was Jemand dafür erhält, daß er eine Erbschaft ausschlägt, damit diese an die Substituten, oder an die Intestaterben falle [7]); sodann die Schenkung, welche durch den vor dem Tode des Beschenkten erfolgten Tod eines Dritten Giltigkeit erlangt [8]); endlich Dasjenige, was Jemand bei einem Todesfalle zur Erfüllung einer Bedingung von einem Andern erhält [9]). Daß in diesem letzten Falle die Schenkung, wenn sie dem Erben zu Theil wird, nicht dem Abzuge der lex Falcidia unterworfen ist, wird nirgends bezweifelt [10]), und auch

---

5a) In Hagemann Praktische Erörterungen Bd. 8 B. № 13.

6) Man vergl. z. B. Thibaut Pandekten §. 907 Note 9; Mackeldey Lehrbuch §. 740; Seuffert Pandekten §. 650.

7) fr. 8 pr. De mortis causa 39, 6.

8) fr. 18 pr. D. eod. *Cuiacii* Recitt. in lib. 60 Dig. Iuliani zu diesem Fragmente in Opp. post. T. III p. 732.

9) fr. 38 D. eod.

10) Vergl. die Note 6 angeführten Schriftsteller, von denen aber Mackeldey a. a. O. diesen Fall im §. 54 Note i, nicht richtig dem Ausdrucke nach, zu den Vermächtnissen zählt; da derselbe, nicht bloß seiner Ansicht nach, die Vermächtnisse, d. h. Legate und Singularfideikommisse, von

ausdrücklich in den Quellen an mehreren Orten ausgesprochen[11]). Der in der vorletzten unten angeführten[12]) Stelle von dem Juristen nahmhaft gemachte, bei Gelegenheit unseres zuletzt aufgestellten Falles geltende, Grund: quia mortis causa capitur, spricht dafür, daß auch bei dem zweiten oben genannten Falle die lex Falcidia keine Anwendung findet, während bei dem zuerst aufgestellten Falle seiner Natur nach die lex Falcidia nicht in Betracht kommen kann. Man dürfte daher vielleicht den Grundsatz aufstellen: Die mortis causa capio, welche dem Erben zu Theil wird, braucht er sich nicht in die Quart einrechnen zu lassen[13]).

---

den mortis causa capiones unterscheiden muß. Vergl. die folgende Abhandlung Note 15.

11) fr. 1 §. 8, fr. 30 §. 7, fr. 44, fr. 76 pr., fr. 91 D. ad leg. Falcid. 35, 2.

12) fr. 76 pr. cit. Id autem quod conditionis implendae causa vel a coherede, vel a legatario, vel a statu libero datur, in Falcidia non imputatur, quia mortis causa capitur. Vergl. fr. 93 D. eod. nam in centum, quae mortis causa capiuntur, admitti Falcidia non potest.

13) Die Gründe für diese Behauptung hat Franz Husman sehr gut zusammengestellt in seinen Paradoxa ad legem Falcidiam paradoxon XII; in Otto's Thesaurus T. IV p. 1735 ff.

Neunte Abhandlung.

Ueber den Begriff eines rechtlichen Geschäftes und eines Vermächtnisses insbesondere.

Trotz der so großen Wichtigkeit der rechtlichen oder Rechts-Geschäfte in der Jurisprudenz, herrscht dennoch keine übereinstimmende Erklärung derselben unter den Juristen, und könnte man von einer herrschenden Definition sprechen, so dürfte diese nicht von dem Vorwurfe der unrichtigen Auffassung des Begriffes frei bleiben. Vergleichen wir die Erklärungen des genannten Begriffes bei den Neuern, so wird sich das Gesagte bestätigen.

Thibaut [1]) definirt die rechtlichen Geschäfte als »Willenshandlungen, welche die Begründung rechtlicher Verhältnisse be-

1) Pandekten §. 132.

zwecken.« Gesetzt aber, es unterschlägt Jemand den letzten Willen seines vollbürtigen Bruders, worin ihm die gesetzlich zustehende Tutel über seines verstorbenen Bruders unmündige Kinder zu führen untersagt ist, so bezweckt er durch diese Unterschlagung die Begründung rechtlicher, vormundschaftlicher, Verhältnisse gegen die Unmündigen. Diese Unterschlagung muß also nach Thibaut ein rechtliches Geschäft sein. Aehnlich drückt sich Seuffert[2]) dahin aus: »Rechtsgeschäfte sind Willenshandlungen, welche zur Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses vorgenommen werden.« Wenn nun z. B. ein Pächter, welcher dadurch, daß er seinen Pachtkontrakt verloren zu haben vorgiebt, das andere Exemplar in seine Hände bekommt, die Pachtsumme darin zu seinem Vortheile ändert, so hat er eine Handlung vorgenommen zur Veränderung seines Rechtsverhältnisses; und Seuffert muß daher diese Urkunden-Fälschung ein rechtliches Geschäft nennen. Dieselbe Ausstellung gilt von der Definition Warnkönigs[3]): iuris negotium appellari potest omne unius vel plurium personarum placitum, quo de earum iure aliquid statuitur vel mutatur; denn mögen Einer oder Mehrere zusammen nach geschehener Verabredung Jemanden thätlich injuriiren, so wird allen Diesen ein Rechtsverhältniß, die iniu-

2) Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts §. 73.

3) Commentarii iuris Romani T. I. Leodii 1825. 8. S. 265. Die Definition ist eine Uebersetzung der Erklärung bei Mackeldey, a. a. O. §. 158, in den ältern Ausgaben. Denn in der neuesten Ausgabe, von 1831, betrachtet Mackeldey die rechtlichen Geschäfte als eine besondere Art der iuristischen Handlungen, indem er diese darnach unterscheidet, ob die Absicht des Handelnden, ein Rechtsverhältniß hervorzubringen, vorhanden war, oder nicht.

riarum actio, dadurch begründet. Diesem Uebelstande, unter den rechtlichen Geschäften auch unrechtliche zu begreifen, aber auch nur diesem, hilft die Erklärung von Wening Ingenheim [4]) ab, indem derselbe mit der überall geforderten Willenshandlung das Prädikat erlaubt verbindet, und demnach sich so ausdrückt: »erlaubte Handlungen zur Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses unternommen, sind Rechtsgeschäfte.«

Allein das bloße Unternehmen, das Bezwecken eines Rechtsverhältnisses, scheint wieder Andern [5]) noch nicht genügend, wenn nicht das Unternehmen mit Erfolg verbunden, der Zweck nicht erreicht ist, und in einer Beziehung muß jenen Juristen Recht gegeben werden. Es will z. B. Jemand ein Testament errichten; allein er zieht nicht die genügende Zahl von Zeugen überhaupt oder von fähigen Zeugen zu. In diesem Falle ist das Testament ein nullum, und wird in juristischer Hinsicht als gar nicht vorhanden betrachtet. Die Handlung des Testators war zur Begründung, Aenderung oder Aufhebung [6])

---

4) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Bd. I. §. 87. Ganz übereinstimmend ist Bornemann Von Rechtsgeschäften Berlin 1825. 8. S. 33 »alle erlaubte Handlungen, welche den Zweck haben, Rechtsverhältnisse zu bestimmen, oder Rechtsveränderungen zu bewirken.« Aehnlich drückt sich Lang Lehrbuch des Justinianeischen Römischen Rechts. Mainz. 1830. 8. §. 143 aus.

5) Z. B. Warnkönig a. a. O. Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. Dritte Auflage. Leipzig 1793. Bd. I. S. 5; erlaubte Handlungen der Menschen, welche gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten zum Gegenstande haben.« Der Zusatz gegenseitige ist wohl nicht zu vertheidigen.

6) So wenn Jemand eine liberatio legata angeordnet hat, oder die Aufhebung eines früheren Testamentes beabsichtigt.«

eines Rechtsverhältnisses unternommen; aber sie ist juristisch null, und eben daher durchaus nicht als eine juristische Handlung anzusehen. Deßhalb möchten diese Juristen wohl geneigt sein, folgende Erklärung als untadelhaft gelten zu lassen. Ein rechtliches Geschäft ist eine erlaubte Handlung, wodurch ein Rechtsverhältniß entsteht, aufhört oder geändert wird [7]). Doch auch selbst diese Erklärung scheint nicht vor jedem Tadel gesichert. Gesetzt, es errichtet Jemand ein giltiges Testament, und hebt dasselbe später durch ein folgendes auf, so wird man in der That nicht behaupten können, daß durch jenes erste Testament ein Recht entstanden, geändert oder aufgehoben sey, und man müßte daher behaupten, die Errichtung des ersten Testaments sey kein Rechtsgeschäft gewesen. Nach dem Erfolge also müßte man erst beurtheilen, ob eine Willenshandlung ein Rechtsgeschäft sey oder nicht. Daß sich diese Behauptung nicht vertheidigen läßt, ist gewiß sehr einleuchtend. Denn man könnte sonst von jeder obligatio, die solo consensu contrahitur, so lange noch res integra ist, behaupten, es sey noch ungewiß, ob sie ein Rechtsgeschäft sey oder nicht, weil sie noch contrario consensu aufgehoben werden könne.

Daher möchte wohl endlich folgende Erklärung gar keine Ausstellung zulassen: ein rechtliches Geschäft ist eine Willenshandlung (einer oder mehrerer Personen), welche in gesetzlicher Form die Begründung, Aenderung oder Aufhebung von recht-

7) So sagt Valett Lehrbuch des praktischen Pandekten-Rechtes §. 93. »Ein Rechtsgeschäft ist eine Handlung, wodurch Jemand selbst (?) Rechte auf sein Vermögen oder seine Person einem Andern einräumt, oder wodurch eine Veränderung oder Vernichtung der bestehenden Rechtsverhältnisse bewirkt wird.«

lichen Verhältnissen bezweckt [8]). Durch das letzte Wort in dieser Definition ist jene Ungewißheit gehoben, ob man eine Handlung, so lange es noch nicht sicher ist, daß sie ihre rechtliche Wirksamkeit äußern wird, für ein rechtliches Geschäft halten solle oder nicht. Durch den Zusatz: in gesetzlicher Form, sind theils die nichtigen Geschäfte ausgeschlossen, theils die schon formell verbotenen Handlungen, wie die Tödtung (z. B. eines Mandatars, um einen Auftrag zu beendigen), nicht aber die in gesetzlicher Form, aber in verbrecherischer Gesinnung vorgenommenen Geschäfte, wie z. B. ein fälschlich geleisteter Eid.

Eben so schwankend und noch unrichtiger, als der Begriff eines rechtlichen Geschäftes, wird bei den Neuern der Begriff eines Vermächtnisses aufgestellt. Bald läßt sich daran tadeln, daß an eine universitas rerum legata gar nicht gedacht ist [9]), bald daß nicht eine aliena res legata sich dem gegebenen Begriffe subsumiren läßt [10]); bald daß der Fall nicht

---

8) Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 101. Negotia iuris interpretamur: facta, iurium constituendorum, immutandorumve causa licite suscepta.

9) So erklärt Hellfeld Iurisprudentia forensis §. 1517 das Legat dahin: Legatum est res singularis alicui in ultima voluntate ex liberalitate directe relicta. Viel genügender ist die Erklärung von Trützschler a. a. O. Th. 2 S. 599 »eine letzte Willens-Verordnung, wodurch der Erblasser seinem Testaments- oder gesetzlichen Erben, oder auch einem Vermächtnißnehmer oder Fideicommiß-Erben auflegt, einen bestimmten Theil der Erbschaft, oder eine gewisse körperliche oder unkörperliche Sache einem Andern zu einer gewissen, bestimmten Zeit zu leisten.«

10) Konopak Institutionen §. 380 »Wenn zu Folge der letztwilligen Verfügung etwas unmittelbar von dem Verstorbenen und titulo singulari auf Jemand übergehn soll, so heißt die Verfügung Vermächtniß.« Eben so Mackeldey Lehrbuch §. 705. »Ein Vermächtniß heißt alles

zur Erklärung paßt, wenn der Erbe eine Handlung zu Gunsten des Legatars vollführen soll[11]); bald daß die partitio legata nicht bedacht ist[12]); bald daß die liberatio legata

---

dasjenige, was Jemand nach dem letzten Willen eines Verstorbenen aus dessen Nachlaß als Singularsuccessor erhalten soll.« Auch darin scheint Mackeldey zu irren, wenn er ebendaselbst sagt: »Legatum hieß im ältern Römischen Rechte ein solches Vermächtniß, welches der Erblasser dem Erben selbst befehlsweise zu prästiren aufgegeben hatte.« Denn nur für das Damnationslegat scheint diese Erklärung zu passen. Auch Zachariä Institutionen S. 570 sagt: unter dem Ausdruck Legat begreift man einen Theil der Erbschaftsmasse, den der Testator auf Jemand (ohne Mittelsperson) als Geschenk dergestalt verfällt haben will, daß dieser Dritte deshalb durchaus nicht zu seiner, des Verstorbenen nämlich, Repräsentation verbunden werde. Beide oben gerügte Unrichtigkeiten verbindet Stein Handbuch des würtembergschen Erbrechts herausgegeben von Reinhardt Stuttgart 1827. §. 350. »diejenige Verordnung des Erblassers durch welche einer Person unmittelbar einzelne Sachen hinterlassen werden, heißt Legat.«

11) Thibaut Pandekten §. 669. »Erhält Jemand aus dem Nachlasse des Verstorbenen nur eine einzelne Sache, oder einen Inbegriff einzelner das Ganze nicht erschöpfender Sachen, ohne in die Verbindlichkeit des Verstorbenen einzutreten, so wird er legatarius genannt.« Aehnlich ist die Definition Höpfners Commentar §. 552.

12) Geyert Die Lehre von den Vermächtnissen S. 2. »Ist nicht die Erbschaft oder ein intellektueller Theil derselben Gegenstand der Willenserklärung, sondern eine bestimmte Sache, oder eine pars quanta, so ist ein Vermächtniß oder ein Legat vorhanden.« (Der Ausdruck pars quanta, den nicht bloß Geyert für bestimmte Summen gebraucht, ist weder passend noch quellenmäßig.) Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 256 Z. 10 bemerkt, daß die Neuern oft einen Bruch der Erbschaft als Gegenstand der Vermächtnisse vergessen.

übergangen [13]); bald endlich daß die Definition so weit ist, daß sie auch die fideikommissarische Erbschaft umfaßt [14]).

Vielleicht möchte folgende Erklärung alle diese Ausstellungen vermeiden: Vermächtniß ist jede in einem letzten Willen angeordnete Schenkung [15]), welche nicht eine direkte oder indirekte Universalsuccession in das Vermögen des Verstorbenen begründet.

Der Grund der ungenügenden Erklärungen der Neuern scheint in der Mangelhaftigkeit der Römischen Definitionen zu liegen, deren drei in den Justinianeischen Rechtsquellen sich finden [16]). Am richtigsten scheint noch die Definition Mode-

---

13) So Seuffert in seinem Lehrbuche §. 603. »Vermächtniß ist die letztwillige Verfügung, durch welche der Erblasser eine besondere Succession in einzelne Rechtsverhältnisse anordnet.«

14) So bei Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Bd. III. §. 426. »Vermächtniß ist überhaupt Dasjenige, was Jemand durch einen letzten Willen erhält, ohne zum unmittelbaren Erben berufen zu sein.« Eben so bei Lang a. a. O. §. 427.

15) Damit ist zugleich die mortis causa capio ausgeschlossen; Vergl. Müller Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Giessen 1827. §. 40), indem von dem einen Falle derselben, der möglicher Weise hiehergezählt werden könnte — Was Jemand bei einem Todesfalle zur Erfüllung einer Bedingung von einem Andern erhalten soll — Marcellus ausdrücklich in fr. 38 De mortis causa 39, 6 bemerkt, daß er nicht eine donatio genannt werden könne. — Im Falle, daß einem Notherben sein Pflichttheil ganz oder zum Theil in Form eines Legates hinterlassen ist, könnte man auch den Charakter einer Schenkung leugnen wollen.

16) In Ulpian's Titel 24 §. 1 ist die Erklärung von Legat nur beziehungsweise auf die Fideikommisse, nehmlich dahin gegeben: legatum est, quod legis modo, i. e. imperative, testamento relinquitur.

stins[16a]) in fr. 36 De legatis II. Legatum est donatio testamento relicta, wenn man nur testamentum für jede ultima voluntas nimmt. Allein Wer wird nicht auch eine Erbeseinsetzung auf ein ungeheures Vermögen, ohne daß der Erbe mit Vermächtnissen belästigt ist, als eine donatio testamento relicta erklären wollen. Ja eine solche Erbeseinsetzung könnte man etwa für eine sub modo donatio erklären, wenn der Erblasser sagte: ich will nach meinem Tode dem Titius all mein Hab und Gut geschenkt haben, damit er daraus meine unbeträchtlichen Schulden bezahle. Die Erklärung in den Institutionen[17]): Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta vermeidet zwar den Ausdruck testamentum, leidet aber an derselben zu großen Ausdehnung als die des Modestinus. Die dritte Erklärung endlich, die sich noch in den Quellen findet, die des Florentinus: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit[18]), leidet an den oben bei den Definitionen der Neuern gerügten Feh-

---

16a) Auch *Cantiuncula* in seiner Paraphrasis zu dem Institutionentitel de legatis zieht diese Definition, weil sie ad naturam legati accedit den übrigen Definitionen der Quellen vor. Er selbst erklärt das Legat so: id quod testator nulla speciali mortis cogitatione permotus, sed heredibus vel expresso iudicio vel tacito designatis nonnihil ademturus alicui vult ex hereditate collatum iri.

17) §. 1 I. de legatis 2, 20. Ueber die Mängel dieser Definition verbreitet sich *Walch* Introductio in controversias iuris civ. Sect. II cap. IV membr. II §. 46. Ed. III p. 237.

18) fr. 116 pr. De legatis I. So erklärt Roßhirt Einleitung in das Erbrecht Landshut 1831. 8 S. 23 die Vermächtnisse als »Delibationen der Hinterlassenschaft, welche der Erbe festsetzen muß.«

lern, daß die Fälle, wo ein Erbe zur Hingabe einer ihm gehörigen Sache, oder wo der Erbe zur Vollziehung einer Handlung zu Gunsten des Legatars verpflichtet ist, hier übergangen sind. Außerdem möchte auch das legatum a legatario relictum eben so wenig wie es mit dem Sinne Modestins übereinstimmen kann [19], auch mit dessen Worten harmoniren.

---

19) Ulpiani tit. XXIV §. 20 A legatario legari non potest.

Zehnte Abhandlung.

Ueber die Dauer der dotis cautae, sed non numeratae querela und exceptio.

In den Abhandlungen über die Art und Weise das Corpus iuris zu citiren wird nicht unterlassen, die Abbreviatur arg. dahin zu erklären, daß sie einer Stelle vorgesetzt wird, wenn dieselbe keinen unmittelbaren, sondern nur einen mittelbaren Beweis für die im Texte aufgestellte Ansicht enthält. Allein viel zu selten wird von diesem Zeichen Gebrauch gemacht [1]),

1) Wo diese Abbreviatur vorgesetzt wird, ist überdieß das angeführte Fragment meistens ganz unbeweisend. Ein Paar, nicht mühsam aufgesuchte, Beispiele mögen diese Behauptung rechtfertigen. Mackelden (Lehrbuch §. 401) behauptet, dem Commodatar sey die geliehene Sache so lange zu lassen, bis der verabredete Gebrauch davon gemacht ist, ausgenommen, wenn er wegen unvorhergesehener Umstände sie selbst nöthig hat. Zum Beweise dieser Ausnahme heißt es in Note c: arg. const. 3 C. 4,

indem die Behauptung, daß ein Viertel der gewöhnlichen Beweisstellen diese Buchstaben vor sich haben könnte, wohl nicht zu übertrieben genannt werden könnte. An einem einzelnen Beispiele wollen wir die Wahrheit dieser Behauptung nachzuweisen versuchen.

Wo von der dotis cautae sed non numeratae exceptio die Rede ist, da finden wir auch die Novelle 100 geradezu citirt [2]), wiewohl sie nach unserer Ansicht nicht

---

65. Allein, was von dieser Verordnung zu halten, und daß sie namentlich von gar keiner Bedeutung für das Commodat sey, ist unten Abhandlung № 24 am Ende zu zeigen versucht worden. Ferner behauptet z. B. Thibaut §. 279, Usurae punitoriae müssen von Jedem gezahlt werden, welcher einem Andern widerrechtlich den Gebrauch seines Geldes entzieht. Zum Beweise dafür heißt es bei Thibaut Note p, und bei Mackeldey Lehrbuch §. 349 Note g: arg. fr. 33 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2. (Bei Wening sogar ohne arg. B. IV §. 8 Note i). Die Worte, worauf es ankommt, lauten nun so: in lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. Diese Bestimmung der lex Aquilia, die sicher nicht auf bona fides basirt war, auf die Zinsverbindlichkeit anzuwenden, dafür scheint die ratio iuris nicht zu sprechen. Doch fehlt es nicht an einer passenden Belegstelle für die angeführte Behauptung. Sie liegt in den Worten des fr. 13 §. 20 De A. E. 19. 1 „usurae pretii post diem traditionis.“ Denn daß der Grund dieser Zinsen nicht in der mora, sondern in der positiven Vorschrift des Römischen Rechts seinen Grund hat, war schon früher durch Weber Versuche über das Civilrecht S. 255 ff. plausibel gemacht, und ist jetzt durch Papinians deutlichen Ausspruch bewiesen. Vaticana fragmenta §. 2 tit. ex empto p. 1 l. 9.. 11.

2) Schon Eustathius (Vergl. *Cuiacii* Opp. priora T. 1 p. 536 de div. temp. praescr. cap. 21) spricht bei Gelegenheit des decennii von der non numeratae dotis exceptio, und beruft sich dabei auf Novelle 100; *Cuiacius* in der Expositio dieser Novelle; Höpfner Com-

von dieser exceptio handelt. Es ist daher nothwendig, diese Novelle genau durchzugehen, um ihren Inhalt nachzuweisen.

Die Veranlassung zu dieser Novelle erzählt Justinian selbst[3]) dahin. Eine Ehe war nach vierzehnjähriger Dauer durch den Tod des Mannes aufgelöst. Ihn beerbte sein Sohn, und dieser stellte erst zwanzig Jahre später, durch seine Minderjährigkeit begünstigt, die non numeratae dotis querela gegen seine Mutter an, also vier und dreißig Jahre nach ausgestellter Handschrift über die dos. Diesen Mißbrauch, der mit der genannten Querel getrieben wurde, suchte Justinian durch eine Reihe singulärer Bestimmungen abzuschaffen, wodurch er überall die Dauer dieser Querel verkürzte.

Bis auf diese Novelle war das Recht der Ehemänner, die querela anzustellen, während der Ehe durch keine Zeit, also nur durch die dreißigjährige Verjährung beschränkt. Diese Novelle aber setzte für die Klage während der Dauer der Ehe zehn Jahre, bei Minderjährigen zwölf Jahre fest. Freilich ist

---

mentar §. 854; Dabelow Verjährung Bd. II S. 256 Note r; Mackeldey Lehrbuch §. 415 Note a und c, §. 416 Note a; Thibaut Pandekten §. 899 Note s; Valett Pandekten §. 795 Note 43; Wening Civilrecht Bd. III §. 297 Note e und n; Lang Institutionen §. 291; Glück Pandekten Bd. XXV S. 247 S. 250 meint, das dem Ehemanne zustehende Rechtsmittel werde „exceptio oder querela non numeratae dotis" genannt; Schweppe Römisches Privatrecht Vierte Ausgabe von Mejer §. 688; *Warnkoenig* Commentarii iuris §. 864 T. III p. 68, 69.

3) Nov. 100 cap. 2 §. 1.

Dieß nicht die Ansicht aller Neuern, indem Mehrere [4]) während der Ehe das Rechtsmittel an gar keine Zeit gebunden erklären. Allein die Worte der **Praefatio** der Novelle, worauf sie sich berufen: quia enim omne tempus matrimonii dabatur viris, donec matrimonium constaret, queri de non data dote, sagen ja eben, weil bisher gegeben wurde die ganze Ehezeit zur Klage, und sogar noch mehr Zeit, so soll fortan diese verkürzt werden (ideo existimavimus brevi et compendiosa lege velocem facere). Auch die **Praefatio** zum zweiten Kapitel der Novelle spricht aufs Deutlichste für unsere Ansicht. Hier nämlich wird denjenigen Ehemännern, welche minderjährig die Ehe eingegangen sind, höchstens eine Zeit von zwölf Jahren zur Anstellung der Klage vom Augenblick der Eingehung der Ehe an gegeben [5]), ganz gleichgiltig, ob die Ehe im zwölften Jahre noch fortbesteht oder nicht. Offenbar aber wären ja die Minderjährigen, indem sie nur während zwölf Jahre in der Ehe klagen können, schlechter bedacht als die Volljährigen, wenn diese während der Ehe dreißig Jahre lang klagen könnten, was doch unmöglich Justinians Absicht sein konnte.

Hat der Ehemann oder Bräutigam, sagt Justinian [6]), einen

---

4) z. B. Schweppe Lehrbuch §. 688 (Erste Ausgabe; in der vierten geändert.) S. dagegen Glück a. a. O. S. 248.

5) Et si quidem intra aetatem maritus sit, et non queratur: tantum ad in integrum restitutionem ei damus tempus, ut non transcendat duodecim annos a tempore nuptiarum. Auch der Scholiast zu den Basiliken *Theodorus* zu lib. 29. tit. 3 Scholion b. erwähnt ausdrücklich, daß die Verjährungsfrist vom Tage der geschlossenen Ehe laufe. Basilic. T. IV. p. 680.

6) Cap. 1. pr. Si ergo annis duobus solummodo habeat aliquis

Empfangschein über die dos ausgestellt, aber keine empfangen, gleichviel ob der Vater der Frau, oder die Frau selbst oder ein Dritter die dos versprochen; und die Ehe dauert nur zwei Jahre oder eine kürzere Zeit, gleichviel ob sie durch Tod oder Scheidung aufgelöst wird: so soll auch nach deren Auflösung dem Manne, oder wenn er vor Erhebung der Querel gestorben ist, seinen Erben ein Jahr lang vom Augenblick der Aufhebung der Ehe an gerechnet, die Anstellung der Querel auf Rückgabe der Handschrift zustehn. — Hat ferner die Ehe länger als zwei Jahre, und kürzer als zehn Jahre gedauert, so kann der Mann noch drei Monate lang[7]) nach aufgelöster Ehe klagen[8]), und hat er in dieser Zeit die Klage erhoben, aber darauf gleich seinen Tod gefunden, so transmittirt er die erhobene Klage auf seine Erben[9]). Daß dem Erben in diesem

---

uxorem, aut etiam his temporibus minus; et non accipiat dotem, nihil ex taciturnitate laedatur vir, neque heredes viri, licet tacuerit ille, sed intra annum alium querela moveatur. Cap. 2 pr. Generaliter igitur dicendum est, intra biennium quidem matrimonio soluto, sive morte, sive repudio, et ipsi marito de non numerata pecunia licere queri, et heredi eius intra alium annum. Das Principium im Cap. II. enthält im Anfange nur eine kurze Rekapitulation des ersten Capitels.

7) Cap. II pr. Si vero ultra biennium usque ad decem annos matrimonium extendatur, marito damus querelam et heredi eius intra tres menses.

8) Fehlen aber an den zehn Jahren nicht mehr volle drei Monate, so kann auch die Klage nur binnen dieser kürzeren Zeit angestellt werden. Dieß geht theils aus den Worten in cap. I §. 1 Si autem neque intra decennium queratur, theils aus den Worten in cap. II pr. Si vero transcurrerit decennium hervor.

9) cap. 1 pr. Si vero maius biennio tempus, minus autem decennio matrimonium protendatur, damus marito queri, et dicere, non

zweiten Falle der Regel nach nicht die Klage zustehe, sondern nur ausnahmsweise dann, wenn bereits ihr Erblasser die Klage angefangen, wird hier deutlich genug gesagt [9]), ist aber von den Neuern nirgends hervorgehoben.

Hat endlich die Ehe zehn Jahre gedauert, oder der Mann hat überhaupt zehn Jahre seit Eingehung der Ehe verstreichen lassen, so steht weder dem Manne, noch dessen Erben weiter ein Klagerecht zu, sondern es wird der Wille des Mannes fingirt [10a]), durch seine Erben die angegebene dos restituiren zu lassen [10b]).

Nicht bloß auf die Perpetuirung, sondern auch auf die Transmission der Klage bezieht sich, was Justinian am

---

illatam sibi dotem, aut in partem, aut in solidum; **et si hoc fecerit**, transmittere querelam, semel marito querente, et muliere, quia dedit, non probante. Daß im Falle die Verschreibung nach eingegangener Ehe ausgestellt ist, erst von dem Momente ihrer Ausstellung die Verjährungsfrist gerechnet wird, behauptet **Unterholzner** Verjährung Bd. II S. 33, 34.

10a) **Höpfner** a. O. Note 1.

10b) Cap. I §. 1. Si autem neque intra decennium queratur, taciturnitate mariti auferimus querelam; neque ei post decennium hoc agere sinemus, nec annum dantes ulterius heredibus eius. Sitque in hoc non nostra adversus aliquos poena, sed libertatis subiectorum diligentia. Ubi enim licet in prolixo sic tempore (decennii dicimus) proponere querelam: si tacere elegerit, palam est voluisse, vel si non accepit dotem, omnino eum, aut suos reddere heredes; his valentibus et si repudio solvi contingat matrimonium in nullo discernentibus nobis, sive mulier tamquam dotem offerens conscribat, sive pater, sive alter quispiam pro ea; tempore in omni casu tali, sicuti praediximus, extendente suos effectus, et dante vel perimente querelam.

Schlusse des ersten Kapitels sagt: der Mann müsse schriftlich [11]) dem Promittenten der dos es geäußert haben, daß er keine dos empfangen, oder wenn er gerichtlich die Klage erhoben, dem Promittenten der dos das Klagelibell mitgetheilt haben.

Diese Regeln sollen gelten, wenn die Contrahenten der Ehe volljährig waren. Ueber Männer, die bei der Heirath noch minderjährig sind, enthält das zweite Kapitel der Novelle eigene singuläre Bestimmungen.

Ist der Mann minderjährig im Moment der Eingehung der Ehe, so steht ihm die Klage höchstens zwölf Jahre lang vom Augenblick der Eingehung der Ehe zu [12]), Justinian nimmt nämlich als das geringste Alter des jungen Ehemannes funfzehn Jahre an; gäbe er diesem nur zehn Jahre zur Klage, so wäre er ja nur eben erst auf der Schwelle des volljährigen Alters. Daher legte Justinian noch zwei Jahre zu [13]).

---

11) Mündliche Rede genüge nicht, wegen möglicher Uebereilung und weil Zeugen für diese bestochen werden könnten. Vergl. Marezoll Ueber das Wesen und die Eigenthümlichkeit der Scriptura in seiner Zeitschrift Bd. III S. 281.

12) Cap. II pr. Et si quidem intra aetatem maritus sit, et non queratur, tantum ad in integrum restitutionem ei damus tempus ut non transcendat duodecim annos a tempore nuptiarum.

13) *Balduinus* de iure novo lib. III in Iurispr. Rom. et Att. T. I p. 1159. Diese Vorschrift über die Querel stimmt sehr gut mit der von Justinian in c. 5 C. in quib. caus. in int. 2, 41 gegebenen Verordnung daß die non numeratae dotis exceptio den Minderjährigen nach beendeter Minderjährigkeit noch zwei Jahre dauern müsse. Allein was Daniels (de usuc. et praescr. adv. pup. atque minores Bonnae 1827. 8. p. 89) sagt: minoribus Iustinianus ad in integrum restitutionem petendam tantum indulsit tempus, ut duodecim annos a

Stirbt der junge Ehemann innerhalb der zwölf ersten Jahren seiner Ehe; so sollen seine Erben ein Jahr lang noch die non numeratae dotis querela anstellen dürfen [14]). Fehlt jedoch an den zwölf Jahren nur eine kürzere Zeit als ein Jahr, so steht auch den Erben nur diese kürzere Zeit zu [15]). Hinterläßt ein solcher Ehemann minderjährige Erben, so soll diesen, ohne Unterschied, ob ihr Erblasser noch als minderjähriger, oder schon als großjähriger Mann starb, ohne die Klage angestellt zu haben, vom Augenblick der Auflösung der Ehe durch den Tod [15]) an gerechnet, ein Zeitraum von fünf Jahren zur Anbringung der Klage zustehen [17]).

---

tempore nuptiarum *i. e.* ab aetatis anno decimo quinto non transcenderet scheint nicht unbedingt zu vertheidigen. Vergl. noch Unterholzner a. a. O. S. 36.

14) Cap. II pr. Novimus enim eos, qui vehementer citius contrahunt nuptias, non minus quindecim annorum ad hoc procedentes. Qua de re transit quintum et vicesimum annum; et erit possibile intra vicesimum septimum annum queri de non numerata pecunia dotis. Moriente quoque eo intra praedictum tempus, heredes habere annum ad querelam.

15) Diese Beschränkung steht zwar nicht im Gesetze, ist aber wohl unbestreitbar. Vergl. Unterholzner Verjährung Bd. II S. 37.

16) *Cuiacius* a. a. O. bezieht unrichtig die hier angeführten Worte auf alle Ehemnnäer, mochten sie bei Eingehung der Ehe volljährig oder minderjährig sein; eben so Glück a. a. O. S. 250. Für unsere Ansicht spricht aber einmal, daß das zweite Capitel der Novelle 100 nur von dem Falle handelt, daß der Ehemann bei der Eingehung seiner Ehe unmündig war, sodann die Analogie der in integrum restitutio bei Minderjährigen, die von Minderjährigen beerbt werden fr. 19 De minor. 4, 4.

17) Cap. II §. 1 Si autem minores sint non querentis heredes sive maioris, sive minoris, quinquennium habeant solummodo ad

Ueberall ist hier nun also von der querela cautae non numeratae dotis die Rede[18]), nirgends von der exceptio; allein soviel ist gewiß unzweifelhaft, daß da, wo dem Manne es freisteht, mit der Querel aufzutreten, er auch mit der exceptio sich schützen kann, wenn er auf Rückgabe der dos von der Frau oder von deren Erben belangt wird. Allein es giebt ja noch eine besondere Verordnung Justinians über das Vorschützen dieser exceptio, welche durchaus nicht als durch diese Novelle aufgehoben angesehen werden kann. Nach dieser Verordnung[19]) soll diese non numeratae pecuniae exceptio, wie sie nicht bloß hier generell bezeichnet wird, in allen Fällen

movendam querelam non numeratae pecuniae. Unterholzner a. a. O. Bd. II S. 37 will diese Zeit erst von dem Momente an rechnen, als der Erbanfall zur Kunde des Erben gekommen ist; allein da sonst überall hier auf den Todesmoment gesehen wird, so kann die hier aufgestellte Ansicht wohl als allein richtig gelten.

18) Auch die Basiliken lib. 29 tit. 3 sprechen nur von der querela in Beziehung auf unsere Novelle; und Theodorus sagt im Scholion *a* zu diesem Titel, daß die c. 3 C. de dote cauta 5, 15 nicht durch diese Novelle aufgehoben sey.

19) c. 3 C. de dote cauta non numerata 5, 15. In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere, non solum marito contra uxorem, vel eius heredes morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium, socero etiam, vel eius heredibus; si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scriptum sit: omnique personae, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, et eius similiter heredibus, ita tamen, ut intra annum tantum continuum a morte mariti vel mulieris vel missione repudii computandum, ea licentia detur.

dem Aussteller des Empfangscheines oder dessen Erben nach Auflösung der Ehe ein Jahr lang zustehen [20]). Wenn daher in einigen Fällen, welche die Novelle 100 erwähnt, die Querel nicht ein volles Jahr dem Aussteller zusteht, so kann derselbe überall wenigstens doch durch diese exceptio sich ein Jahr lang noch gegen die Klage der Frau oder deren Erben auf Herausgabe der dos schützen, also nicht bloß, wenn die Ehe über zwei und unter zehn Jahre gedauert hat, sondern auch wenn sie über zehn Jahre, und beim Minderjährigen über zwölf Jahre gedauert hat: eine Ansicht, welche bisher nicht aufgestellt ist [21]), gegen welche aber kein begründeter Zweifel sich erheben lassen wird, da der Excipient immer mehr als der Kläger begünstigt wird. Den Ansichten der Glossatoren ist dieß freilich entgegen, da sie durch die Authentike aus der Novelle die Aufhebung der c. 3 zu erkennen geben, wiewohl auch sie in der Authentike nur von der Querel sprechen. Allein die Ansichten der Glossatoren sind ja kein ius receptum.

---

20) *Cuiacius* a. a. O. erklärt sich ausdrücklich, aber wohl mit Unrecht, dahin, daß durch unsere Novelle die einjährige Dauer der exceptio, welche nach c. 3 C. cit. in allen Fällen Statt finden sollte, auf den Fall beschränkt sey, wenn die Ehe höchstens zwei Jahre gedauert habe.

21) Im Gegentheile sind alle Juristen, z. B. *Cuiacius* in der expositio novellae 100, *Fr. Balduinus* de iure novo lib. I in der Iurisprud. Rom. et Att. T. I p. 1039, Schweppe Röm. Privatrecht §. 288, Unterholzner a. a. O. Bd. II S. 32 dieser Ansicht durchaus entgegen, weil sie glauben, daß unsere Novelle von der excepitio handeln; Unterholzner noch deshalb, weil er dem Kaiser die Absicht unterschiebt, die Anwendbarkeit der exceptio nicht ins Ungebührliche verlängern zu wollen; aber, wie wir oben gezeigt haben, spricht Justinian überall in dieser Novelle nur von der querela, und denkt gar nicht an die exceptio.

Eilfte Abhandlung.

Ueber die Rückforderungsrechte der Frau an ihren Dotalsachen und über deren Verjährbarkeit.

So wichtig nach dem allgemeinen Anerkenntniß unserer neuern Juristen die Rechte sind, welche der Frau in Beziehung auf ihre dos zustehen, so wenig sind sie darüber im Reinen, worin eigentlich diese Rechte bestehen, indem vorzüglich die von Justinian erlassene c. 30 C. de iure dotium 5, 12 in dieser Beziehung die größten Schwierigkeiten erregt hat. Ihrer Erklärung wollen wir daher die folgenden Bemerkungen widmen.

Ganz unbezweifelt wird folgender Satz von Justinian hierin aufgestellt [1]: An allen Dotalsachen hat die Frau nach

1) Justinian erkennt zwei verschiedene Ansichten der damals lebenden Juristen an; eine, wonach die dos Eigenthum der Frau bleibt, die andere, wonach die dos Eigenthum des Mannes wird. Wenn der Richter, vor dem die Frau sich einfindet, der ersten Ansicht zugethan ist, so kann die

Auflösung der Ehe die Wahl, welches Recht ihr vorzüglicher erscheint, auszuüben, entweder, wenn sie will [2]), ein allen [2a]) Creditoren vorgehendes hypothekarisches Recht, (also ein specielles, da es nur auf die Dotalsachen geht [3]) oder ihr Eigenthum daran geltend zu machen. Diese Klagerechte soll aber die Frau nicht eher geltend machen dürfen, als bis entweder während der Ehe Concurs über das Vermögen des Mannes ausbricht oder nach getrennter Ehe [4]). Nothwendig setzt also diese Verordnung voraus, daß die Frau in den eben genannten Momenten noch lebt, daß sie die Rückforderung der dos nicht verwirkt hat, und daß nicht etwa die dos an eine

---

Frau auf ihr Eigenthum sich berufen, ist der Richter der zweiten Ansicht zugethan, so kann sie ihre bevorzugte Hypothek geltend machen. Volumus ... ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.

2) Doch muß hinzugesetzt werden: wenn sie nicht etwa nach geschehener Annahme eines Legates von ihrem verstorbenen Manne zufrieden sein muß, wenn der Käufer eines Dotalgrundstückes der klagenden Frau den Kaufpreis anbietet, fr. 77. §. 5 De leg. II, oder sie die Erbschaft des verstorbenen Mannes angetreten, und der Ehemann ein Dotalgrundstück zum Gegenstande eines Vermächtnisses gemacht hat fr. 13. §. 4. De fundo dotali 23, 5.

2a) Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. V. tit. 12. Cod. in Opp. post. T. V. p. 504 und *A. de Buchholtz* qui potiores sint in pignoribus Comm. Regiomonti 1829. 8. Cap. III. p. 9 ... 16.

3) Vergl. c. 30 C. de iure dotium 5, 12 .. volumus itaque eam in rem actionem i n h u i u s m o d i rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere.

4a) c. 7. §. 4 C. de praescr. XXX. 7. 39.

andere Person als die Frau, sey es der Vater oder ein Dritter, zurückfalle [4b]). Nach dem Gesagten scheint diese Verordnung freilich nur da ein Interesse zu haben, wo das Vermögen des Mannes nicht hinreicht, alle seine Gläubiger zu befriedigen [5]); allein sie kann auch gewiß da angewendet werden, wo der Mann Dotalsachen veräußert hat, an deren Besitze die Frau ein besonderes Wohlgefallen hat [5a]); und es ist dabei vollkommen gleichgiltig, ob der Mann, durch die geschehene Taxe der Sachen, ein Recht sie zu verkaufen hatte, oder ob sie ohne Taxe ihm zur speciellen Rückgabe inferirt waren. Waren die Sachen verkauft, so nützte der Frau die hypothekarische Klage nicht so viel als die Vindikation, wodurch sie als Separatistin auftrat, und sich gar nicht in den Concurs einzulassen nöthig hatte [6]); waren die Sachen hingegen noch im Besitze ihres Mannes, oder hatte ein Dritter sie in Händen, und ein Pfandrecht oder Retentionsrecht daran, so war die bevorzugte hypothekarische Klage der Frau von größerm Nutzen [7]).

4b) Vergl. noch Unterholzner Gesammte Verjährungslehre Bd. I. S. 264. Note 271.

5) v. Tigerström das Röm. Dotalrecht Bd. I. S. 363.

5a) Vindicirt sie hier, so können die Gläubiger für ihren Verlust sich an dem Vermögen des Mannes erholen.

6) Zimmern in den Erlanger Jahrbüchern B. 6. S. 41; Schweppe Röm. Privatrecht herausgegeben von Mejer §. 690.

7) Es wird in dieser Verordnung durchaus neben einander der Frau die Vindikation und die hypothekarische Klage gestattet, und man braucht daher nicht anzunehmen, wie dieß in den Erlanger Jahrbüchern Band 3 S. 42, 43 von Puchta geschieht, daß an den vom Manne ungiltig veräußerten, ohne Taxe inferirten, Sachen der Frau die Vindikation zustehe, an den giltig veräußerten die bevorzugte Hypothek. Vergl. Löhr im Archiv für civili-

Zur Zeit nun, als diese Verordnung erlassen war, konnte die Frau noch sich ihrer Rechte in Beziehung auf alle Arten von Dotalsachen durch Einwilligung in deren universelle oder partielle Veräußerung begeben. Gesetzt nun, die Besitzer der Dotalsachen hätten dieselben unter solchen Voraussetzungen vom Ehemanne erworben, daß ihnen die erwerbende Verjährung an denselben zustand, so soll dennoch durch die Vollendung der Verjährung das Recht der Frau nicht verletzt werden, sondern sie soll rescissa usucapione klagen können [8]). Daher wird ihre in rem actio in diesem Falle als eine fictitia oder utilis angesehen werden können. Allein nach der im folgenden Jahre erlassenen c. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5, 13 sollte die Einwilligung der Frau zur Veräußerung von dotalen Immobilien [8]) von gar keinem Belange sein, und daher auch keine Einrede gegen die von ihr angestellte Klage begründen [9]).

---

stische Praxis B. X S. 68 Note 7, und Unterholzner Gesammte Verjährungslehre B. I S. 265 §. 80. Allerdings ist hier in diesen Fällen ein Unterschied denkbar, indem bei den taxirten Sachen der Mann gegen Erlegung der Taxe sich von den Ansprüchen der Frau auf die Sache selbst befreien kann. Allein da hier von einem insolventen Manne die Rede ist, so scheint eine solche Befreiung von seiner Seite nicht gut möglich.

8) Vergl. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. III §. 54 Note 18 und §. 90 Note 3.

8) Nicht von allen Dotalsachen, mochten sie beweglich oder unbeweglich sein, wie dieß noch Reinhardt behauptet die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechtes Stuttgart. 1832. 8. Denn nur vom fundus dotalis ist im oben genannten §. 15 die Rede: placet itaque nobis eandem observantiam non tantum in Italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi.

9) Unterholzner a. a. O. Bd. I S. 261 §. 79.

Wir lesen nun fast überall [10]) die Bemerkung, daß Dotalsachen während der Ehe entweder aller Verjährung [11]), oder doch der ordentlichen Verjährung entzogen sind [12]). Die Richtigkeit dieser Behauptung soll nun geprüft werden!

Zuerst scheint die letzte Ansicht wohl nicht haltbar zu sein, indem sie gegen die ausdrücklichen Gesetzesworte in der c. 30: **omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore sit introducta, ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere,** streitet. Denn auf das Deutlichste wird ja hier ordentliche und außerordentliche Verjährung zusammengestellt, und beiden Arten der Verjährung ein gleicher Anfangstermin gesetzt, so daß in der That, wer die Dotalsachen der ordentlichen Verjährung entzogen glaubt, consequent annehmen muß, daß für sie auch keine außerordentliche Verjährung läuft. Allein wird in unserer Stelle wirklich gesagt, daß keine Verjährung für Dotalsachen laufe? Keineswegs. Sondern nur in dem Falle, wenn die Frau beim Concurse oder beim Tode des Mannes berechtigt ist, ihre Dotalsachen von dritten Personen abzufordern, sollen diese sich nicht durch Berufung auf irgend eine Verjährung schützen können. Die Verjährung wird daher nach unsern Gesetzen

---

10) Allerdings macht hier Löhr (Archiv für civilistische Praxis B. X, S. 69, 70), wie so häufig, eine ehrenvolle Ausnahme.

11) Mackeldey Lehrbuch §. 259 Note h.

12) Unterholzner a. a. O. Bd. II. §. 182. S. 99 № 8; Seuffert Pandekten §. 134. Note 2.

stets unter den gehörigen Voraussetzungen während der Ehe beginnen und vollendet werden können, und nur in dem Falle, wenn die Frau zu jener Rückforderung berechtigt ist, und sie ausübt, wird die Verjährung vergeblich vollendet sein [13a]). Daher kann die angegebene Regel von der Unverjährbarkeit der Dotalsachen niemals gelten bei einer dos, deren Rückgabe der Besteller sich oder einem Andern als der Frau selbst hat stipuliren lassen [13b]), und auch bei jeder andern dos, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wird. Diese Ansicht müßte gelten, wenn man bloß auf unsere c. 30 und die bereits angeführte c. 7 §. 4 C. de praeser. XXX. 7, 39 Rücksicht nimmt; allein es ist eine ganz allgemeine Behauptung, daß die lex Julia im Titel de fundo dotali indirekt auch die Usukapion von italischen [14]) Grundstücken verboten [15]). Ist diese Behauptung begründet [15a]), so muß auch im Justi-

---

13a) Aehnlich wie es von der usucapio nach geschehener litis contestatio in den Vatic. fragm. tit. ex emto p. 2. l. 10 (§. 12) heißt frustra complebitur, die Verjährung also fortgelaufen ist. Vergl. v. Buchholz Versuche S. 113. ff.

13b) Löhr a. a. O. S. 70.

14) Ob die lex Iulia auch auf Provinzialgrundstücke gegangen sey, wurde, wie Gajus II, 63 referirt, schon zu seiner Zeit bezweifelt. Zu Justinians Zeiten war wohl eine Gleichstellung der italischen und Provincialgrundstücke in dieser Rücksicht zu erwarten, und sie findet sich auch wenigstens in der hierher gehörigen Beziehung in c. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5, 13 ausgesprochen. Vergl. Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 928. Z. 20 ff.

15) fr. 5, fr. 6, fr. 16 De fundo dotali 23, 5.

15a) Man vergl. Was Daniels de usuc. et praescr. Bonn. 1827 p. 37 . . . 47 gegen die gewöhnliche Ansicht über das Verbot der lex

nianeischen Rechte dieser Satz als geltend betrachtet werden, und wir müssen daher die allgemein aufgestellte Regel von der Ausschließung der Verjährung bei Dotalsachen während der Ehe auf Italische Grundstücke beschränken, aber natürlich nur auf solche, die ohne Taxe dem Ehemanne überlassen, also von ihm nichtig veräußert sind [16]), und, was freilich nirgends erwähnt wird, aber gewiß consequent aus der ratio der lex Julia [17]) folgt, die nach Auflösung der Ehe an die Frau fallen können.

Bewegliche Dotalsachen sind daher nicht im Mindesten der Verjährung entzogen [18]), und statt der allgemeinen Regel: Dotalsachen sind der Verjährung während der Ehe entzogen, läßt sich nur folgende beschränkte Regel aufstellen: unbewegliche Dotalsachen [19]), welche bei Trennung der Ehe unmittelbar [20]) an die Frau fallen sollen, sind während der Ehe der ordentlichen Verjährung entzogen. Ich sage: der ordentlichen Verjährung, denn da wahrscheinlich die lex Julia nur auf

---

Iulia vorbringt. Noch weiter als Daniels geht Gans Scholien zum Gajus S. 252, 253.

16) fr. 11 D. eod.; c. 5, c. 10 C. de iure dotium 5, 12. Vergl. Löhr a. a. O. S. 70.

17) Denn die lex Iulia war ja doch wohl nur zum Besten der Frau nicht auch anderer Personen, welche eine dos bestellt hatten, sanctionirt.

18) Zumal da auch der Mann sie veräußern darf; *Walch* Introd. in controv. iur. civ. ed. Schmid. Sect. I cap. II membr. I §. 25 p. 81.

19) Konopak Institutionen §. 260 № 7 erklärt nur die unbeweglichen Dotalsachen für aller Verjährung entzogen.

20) Nicht etwa durch den Tod des Vaters, der sich die Rückgabe stipulirt hatte. Zugleich soll aber auch mit dem Worte: »unmittelbar« darauf hingewiesen werden, daß jene Sachen ohne Taxe dem Mann hingegeben

fundi Italici ging[21]), so konnte hier nur vom Verbote der usucapio die Rede sein, und wenn auch eine Gleichstellung der Provinzialgrundstücke mit den italischen sich nach Justinianeischem Rechte beweisen läßt[22]), so kann die Bestimmung der lex Julia auch im neuesten Recht doch nur auf die, aus der usucapio und longi temporis zusammengeschmolzene, ordentliche Verjährung gehen.

Ist es demnach bewiesen, daß der Frau eine allgemeine Hypothek an dem Vermögen ihres Mannes und eine specielle an ihren Dotalsachen zusteht, und ist es ferner bewiesen, daß bei der Concurrenz einer generellen und einer speciellen Hypothek der Pfandgläubiger verpflichtet ist, sich zuerst an die letztere zu halten[23]), so erklärt sich hieraus, daß dem Fiskus, wenn er gleich der Frau eine Forderung gegen den Ehemann hat, ein Einspruchsrecht gegen die Frau zusteht, wenn diese etwa zunächst nicht ihre Dotalsachen, sondern die andern Sachen des Ehemannes zum Verkauf bringen wollte; nicht aber kann dem Fiskus ein Vorzugsrecht zustehen, wenn für die Frau und den Fiskus das aus dem verkauften Vermögen des Mannes gelöste Geld zur Befriedigung dieser beiden Gläubiger nicht hinreicht.

---

sind, weil es sonst in der Willkühr des Mannes oder seiner Erben liegt, das Grundstück oder dessen Taxe zu restituiren.

21) Vergl. oben Note 14.

22) c. un. §. 15 C. de rei ux. act. toll. 5, 13; *Fr. Balduinus* de iure novo lib. II in der Iurisprud. Rom. et Att. T. I p. 1109.

23) *Wordenhoff* de concursu et collisione generalis et specialis hypothecae §. 8 in *Oelrichs* Thes. nov. Diss. iurid. Vol. I T. II p. 711; *Walch* Introd. in controv. iur. civ. Sect. II cap. 5 §. 18 p. 436 ed. III.

Zwölfte Abhandlung.

Ueber den Widerruf der Schenkungen an die Kinder, wenn ihre Mutter eine zweite Ehe eingegangen ist.

Allgemein wird von den Neuern eine Vorschrift des Römischen Rechts behauptet, wonach eine zur zweiten Ehe geschrittene Frau beschränkter im Widerrufe der Schenkungen an Kinder erster Ehe wird, als es sonst bei gewöhnlichen Schenkungen der Fall ist [1]). Grobe Verbalinjurien genügen daher nicht, nur wegen Realinjurien darf jene Frau widerrufen [2]).

1) Mackelden Lehrbuch §. 536 № 5; Wening gemeines Civilrecht Bd. II. §. 382 Note s; Bd. 3 §. 285 Note s; Schweppe Römisches Privatrecht herausgegeben von Mejer §. 720 № b.

2) Vergl. die von Schenkenden im Allgemeinen redende c. 10 C. de donat. 8, 56 ita ut iniurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat mit der getreuen Authentike zur c. 7 eod., welche von der

Eben so wenig darf sie das Geschenk zurückfordern, wenn das Kind den bei der Schenkung übernommenen Verpflichtungen nicht nachkommt [3]).

Hier haben wir demnach einen Fall, in welchem bei einer sub modo donatio der Schenkende die sonst zuständige Wahl nicht hat, auf Erfüllung des modus oder auf Widerruf zu klagen. Freilich ist hier Donellus [4]) anderer Meinung, indem er mit Recht zwar behauptet, es liege in der Nichtbeachtung des modus zweierlei: einmal eine Undankbarkeit, sodann die Uebertretung eines Vertrages; daraus aber schließt, daß nur der erste Grund hier als nicht vorhanden fingirt [5]) und deshalb der Mutter nicht der Widerruf der Schenkung gestattet werde; dessenungeachtet aber derselbe aus dem zweiten Grunde zugelassen sey. Jedoch richtiger ist es wohl, daß wegen der Rücksicht auf Undank hier die Rückforderung gänzlich wegfalle; wegen Hintenansetzung des modus aber die Mutter allerdings klagen, aber nur die Erfüllung des modus verlangen könne [6]), indem sie selbst wegen ihrer

zweiten Ehegattin redend, nur von Realinjurien: si manus impias in eam intulerit, nicht von Verbalinjurien spricht. Die Authentike ist ein Auszug aus der Novelle 22 cap. 35.

3) Denn auch dieser in der c. 10 angegebene Grund des Widerrufes kommt in Nov. 22 cap. 35 und daher auch in der angeführten Authentike nicht vor.

4) Commentarii iuris civilis lib. 14 cap. 28.

5) So scheint es auch Löwenberg, Ueber die Vererbung der Klagen, zu nehmen, in der Jurist. Zeitung für die preuß. Staaten 1832 № 17 S. 398 Note 3.

6) Und zwar mit der praescriptis verbis actio auf das volle Interesse *Cuiacii* Recitt. in tit. Cod. 8, 54 in Opp. post. T. V p. 1401.

nicht von den Gesetzen gebilligten zweiten Ehe, worin die Gesetze eine Benachtheiligung der Kinder erster Ehe sehen, ihres Rückforderungsrechtes der Schenkung aus diesem Grunde verlustig geht.

Allein in folgendem Falle scheint doch die zweite Ehegattin im Widerruf ihrer Schenkungen ein besseres Recht zu haben, als ein gewöhnlicher Schenker. Während nämlich die gemeine Regel bei dem Schenkenden so lautet: die Schenkung kann widerrufen werden, wenn der Beschenkte durch seine Ränke dem Schenker einen nicht geringen Vermögensverlust zufügt [7]), so lesen wir dagegen in Beziehung auf die zweite Frau [8]): wenn der Beschenkte Etwas gegen die Mutter unternommen hat, was den Verlust des ganzen Vermögens nach sich ziehen könnte, so soll der Widerruf gestattet sein. Freilich ist dort von einem nur nicht geringen Vermögensverlust, hier aber von einem Verluste des ganzen Vermögens die Rede. Allein dort wird verlangt, daß der Beschenkte nicht bloß die böse Absicht gefaßt, sondern auch vollführt habe, hier aber genügt die böse Absicht, wenn es gleich aus irgend einer Ursache nicht zur Vollführung dieser Absicht gekommen ist.

Es stimmt daher weder mit den Worten, noch mit den Absichten Justinians, wenn einige Neuere [9]) behaupten, die Mutter könne in unserm Falle widerrufen, »wenn sie selbst

---

7) c. 10 C. cit. vel iacturae molem ex insidiis suis ingerat; quae non levem sensum substantiae donatoris imponat.

8) Nov. 22 cap. 35.. nisi... circa substantiae totius ablationem agens adversus eam aliquid declaretur. Auth. cit. si totius substantiae molitus est iacturam.

9) Z. B. Mackeldey Lehrbuch §. 536; Lang Lehrbuch §. 364 № 6.

ihr ganzes Vermögen verliert«. Denn diese Behauptung ist unhaltbar, da eine Verarmung des Schenkers niemals demselben ein Recht giebt, eine giltig vollzogene Schenkung zu widerrufen [10]), hier aber wenigstens der Zusatz offenbar fehlt, daß der Vermögensverlust durch den beschenkten Sohn herbeigeführt sey. Allein auch daß dieser Verlust des ganzen Vermögens durch das beschenkte Kind herbeigeführt sey, wird in den angeführten Worten der Novelle nicht für wesentlich zur Zurückforderung erklärt.

---

10) *Leyser* Medd. ad Pand. spec. 494 med. 5.

Dreizehnte Abhandlung.

Können Kinder aus einer putativen Ehe für legitime Kinder gelten?

Sehr verbreitet scheint folgende Ansicht über die putative Ehe zu sein: daß bei derselben schon nach Römischem Rechte derjenige Theil, der sich in gutem Glauben befindet, aber auch nur dieser alle Rechte eines wahren Ehegatten hat, die Kinder hingegen in Beziehung auf beide Ehegatten als rechtmäßige Kinder angesehen werden [1]).

1) *I. H. Boehmer* Ius eccles. Prot. IV, 17 §. 33; Höpfner Commentar §. 114; Thibaut Pandekten §. 409 Note e; Mackeldey Lehrbuch §. 512; § 616 №. 5 Note v; Seuffert Pandekten §. 444; Hartitzsch Handbuch des Eherechts Leipzig 1828. 8 §. 193; Lang Lehrbuch §. 342, §. 471; Warnkönig Commentarii luris Romani privati Leodii 1825 T. I p. 180; 181. Glück Intestaterbfolge Zweite Ausgabe §. 156 S. 597. Hinsichtlich der Kinder stimmt Schweppe Röm. Privatrecht §. 661 überein.

Für diese Sätze sind wir berechtigt, einen strengen Beweis zu fordern, da es ja anerkannter Grundsatz ist, daß unerlaubte Ehen nichtig sind [2]), und außerdem es ausdrücklich in c. 1 C. de interdicto matrimonio 5, 6 für verbotene Ehen anerkannt wird, daß rusticitatis et imperitiae velamentis keine unerlaubte Ehe zu einer giltigen werden könne. Endlich verordnet Justinian in c. 23 §. 5 C. de nuptis 5, 4 [3]), nachdem er in demselben Gesetze allen gewesenen Schauspielerinnen die auf ihnen bis dahin haftende Anrüchtigkeit genommen, und ihre Ehe mit anständigen Leuten für giltig erklärt, daß auch die Kinder dieser gewesenen Komödiantinnen für legitime gehalten werden sollen. Allein er beschränkt Dieß ausdrücklich auf die nach dem Austritte aus der Schauspielergesellschaft (post expurgationem prioris vitae) gezeugten

---

2) §. 12 I. de nuptiis 1, 10 Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur; fr. 16 pr., fr. 63, fr. 66 pr. De ritu nupt. 23, 2; fr. 3 §. 1 De donat. inter virum 24, 1; c. 6 C. de incest. et inut. nupt. 5, 5. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in Cod. lib. V. tit 4 i. f. in Opp. post. T. V p. 464.

3) His illud adiungimus, ut et filiae huiusmodi mulierum, si quidem post expurgationem prioris vitae matris suae natae sint, non videantur scenicarum esse filiae, nec subiacere legibus, quae prohibuerunt filias scenicarum certos homines in matrimonium ducere. Sin vero ante procreatae sint, liceat eis preces offerentibus invictissimo Principi, sacrum sine obstaculo ullo mereri rescriptum; per quod eis ita nubere permittatur, quasi non sint scenicae matris filiae, nec iam prohibeantur illis copulari, quibus scenicae filias, vel dignitatis, vel alterius causae gratia, uxores ducere interdicitur: ut tamen omnimodo dotalia inter eos etiam instrumenta conficiantur.

Kinder. Die früher gebornen müssen, wenn sie nicht mit der Makel behaftet bleiben wollen, noch um Dispensation bei Gelegenheit einer Ehe mit anständigen Personen bitten. Da nun in diesem Falle, wo Justinian durch seine Theodora zum Theil selbst interessirt war, er dennoch die gesetzlichen Wirkungen einer unerlaubten Ehe erst vom Augenblick der Entfernung des Verbotes für die Folgezeit eintreten ließ, um wie viel mehr wird in allen übrigen Fällen erst durch die Dispensation für die Folgezeit ein gesetzlicher Zustand herbeigeführt werden, wenn nicht, was freilich in der Willkühr des Regenten steht, die Dispensation ausdrücklich mit rückwirkender Kraft ertheilt wird.

Somit wäre der direkte Gegenbeweis jener gangbaren Ansicht geführt, ohne daß wir etwa noch zu scheinbaren Analogieen unsere Zuflucht zu nehmen brauchen[4]), und wir dürfen nur noch die einzelnen angeblichen Beweisstellen für die Meinung der Gegner prüfen, um deren Unhaltbarkeit nachzuweisen.

---

4) Denn zur Bestärkung für unsere Ansicht kann die sehr lange Verordnung von Diokletian und Maximian in der Collatio legum Moss. et Romm. VI, 4 angeführt werden, wo es von denen, die aus faktischem oder juristischem Irrthume incestuose Ehen eingegangen sind, heißt: scient, non legitimos se suscepisse liberos, und eben da wird es solchen Ehegatten schon für eine Gnade erklärt, wenn der Kaiser ihnen nur das Leben schenkt. Außerdem wird die dos, welche bei einer solchen putativen Ehe hingegeben ist, für nichtig erklärt, c. 1 C. de cond. ob caus. dat. 4, 6, und wenn der Verstorbene einer Frau, die bisher für seine Gattin galt, den Nießbrauch an seinem Vermögen hinterlassen hat, und später die Ehe als ungiltig dargestellt wird, so müssen von der Frau selbst die schon percipirten Früchte restituirt werden fr. 27. De usufr. leg. 33, 2; *Hert.* de matrimonio putativo §. 5 in seinen Opusculis T. 1. p. 250.

Zu diesen Stellen[5]) gehört nun vorzüglich fr. 57 §. 1 De Ritu Nuptiarum 23, 2[6]). Daß hier von einer putativen Ehe die Rede ist, kann nicht bezweifelt werden, da die Frau ignara iuris genannt wird. Auch die Entscheidung der Kaiser ist deutlich dahin ausgesprochen: die erzeugten Kinder sollen für legitim in diesem Falle gelten. Allein die Schlüsse, welche hieraus von den Gegnern gezogen werden, ermangeln jedes Beweises. Sie behaupten nemlich, da in diesem Falle die Kinder aus einer putativen Ehe für legitim erklärt werden, so seyn sie es immer. Dieser Schluß ist aber nicht zu vertheidigen. Denn erstlich, wenn die Kinder legitim gewesen

---

5) Nirgends ist für diese Ansicht fr. ult. De legatis I angeführt, ungeachtet es, wie das obengenannte fr. 57 aus Marcians zweitem Buche der Institutionen ist, welches dem Vormund, der seine Mündel geheirathet, aus deren Testamente Etwas anzunehmen verbietet, ihr aber aus seinem Testamente es gestattet. Das heißt aber: nur in Beziehung auf den Vormund wird die Verbindung als eine strafbare betrachtet, in Beziehung auf die Mündel als gar keine, so daß ihre Kinder aus dieser Verbindung nur als spurii angesehen werden können.

6) In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat: Divus Marcus et Lucius Imperatores Flaviae Tertullae per Mensorem libertum ita rescripserunt. Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt confirmamus statum (nemlich familiae *Ioannes Mercerius* Opin. et Obss. lib. I. Cap. 11. in *Otto* Thesaurus T. II. p. 1573.) liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, (Schulting Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. IV. p. 230 zu dieser Stelle meint: non tamen confirmatur matrimonium; allein schon in dem von den Kaisern gewählten Ausdrucke matrimonium scheint die Confirmation der Geschlechtsverbindung zu liegen), quod ante annos XL. contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent.

wären, wozu hätte es dann noch der Bitte um Dispensation bei dem Regenten bedurft? Gesetzt, die Gegner entfernten diesen Einwand durch die vielleicht zu große Aengstlichkeit der Bittstellerin; so bleibt doch noch ein viel wichtigerer Einwand, nämlich der, zurück: warum die Kaiser eine Dispensation ertheilen, wo keine nöthig ist, und warum sie diese Dispensation mit rückwirkender Kraft versehen (perinde atque si legitime concepti fuissent)? Daraus scheint doch wohl deutlich genug hervorzugehen, daß Kinder aus putativen Ehen ohne Dispensation, und zwar ohne Dispensation mit rückwirkender Kraft, nicht ganz und gar den legitimen Kindern gleichgehalten werden können [7a]).

Scheinbarer als fr. 57 ist die zweite Stelle, welche hier als Beweis angeführt zu werden pflegt, eine Verordnung von Valentinian, Theodos und Arkadius, c. 4 C. de incestis nuptiis 5, 5 [7b]), indem hier wegen Minderjährigkeit und wegen eines ganz vorzüglich großen Irrthums eine Ausnahme

---

7a) Vergl. noch *Noordkerk* Observ. Decas. cap. 7 p. 129 ff. Zimmern in seiner Rechtsgeschichte Bd. I. S. 805 spricht von fr. 57 cit. ganz mit Recht, als von einem Privilegio.

7b) Qui contra legum praecepta, vel contra mandata constitutionesque principum nuptias forte contraxerit; nihil ex eodem matrimonio, sive ante nuptias donatum, sive deinceps quoquo modo datum fuerit, consequatur; idque totum, quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno indignave sublatum, fisco vindicari sancimus: exceptis tam feminis quam viris, qui aut errore acrissimo (Cuiacii Obss. 15, 13) non affectato, insimulatove, neque ex vili causa decepti sunt, aut aetatis lubrico lapsi. Quod tamen ita demum legis nostrae laqueis eximi placuit, si aut errore comperto, aut ubi ad legitimos pervenerint annos, coniunctionem huius modi sine ulla procrastinatione diremerint.

von dem strengen Rechte begründet werden soll. Allein die Begünstigung, die hierin ertheilt wird, besteht doch nur darin, daß der Fiskus nicht wie sonst bei unerlaubten Ehen den Eheleuten das wegnehmen soll, was Einer vom Andern bekommen hat, sondern daß solche Geschenke jeder Beschenkte behalten könne, wenn er nur, sobald er großjährig werde, und die Ungiltigkeit der Ehe erfahre, diese Verbindung augenblicklich aufhebe. Daß die Ehe also für den unwissenden oder minderjährigen Gatten giltig sein solle, oder daß gar die in dieser Verbindung erzeugten Kinder legitim sein sollen, wird durchaus nicht gesagt, sondern im Gegentheil den Verbundenen gerade zur Pflicht gemacht, die Verbindung augenblicklich aufzuheben. Sonach enthält auch diese Stelle Nichts für die Ansicht der Gegner, und diese beiden Stellen sind die einzigen, welche sie für sich anzuführen vermögen [8]).

Vergleichen wir nun damit noch ein Reskript der **Divi Fratres in fr. 38 §. 6 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5** [9]), so finden wir auch darin eine Bestätigung unserer Ansicht. Denn es wird hier von den Kaisern gesagt, daß die Confirmation unerlaubter Ehen zu den Seltenheiten gehörte, und daß die Kaiser nur Solchen, welche die Ehe augenblicklich nach erlangter Kenntniß auflösten, die Strafe

---

8) Vergl. über beide Stellen Westenberg im Divus Marcus Diss. IX, p. 105 . . 113.

9) Idem Pollioni in haec verba rescripserunt: incestae nuptiae confirmari non solent: et ideo abstinenti tali matrimonio poenam praeteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. 36 quaest. Papiniani zu diesem §. in Opp. post. T. I. p. 838 ff.

des begangenen Verbrechens zu erlassen pflegten [10]. Nur Minderjährigkeit [11], weibliches Geschlecht und verzeihlicher Irrthum [12] sey im Stande, die Strafe dieses Verbrechens aufzuheben, nicht aber eine verbrecherische Handlung in eine erlaubte mit gesetzlichen Folgen umzuschaffen. Ja, daß die in einer solchen Verbindung erzeugten Kinder nur als spurii ingenui angesehen werden können, wird wenigstens für einen Fall der putativen Ehe von Antoninus rescribirt [13], und es steht Nichts entgegen, die ratio dieses Reskripts auf alle putative Ehen

---

10) fr. 38. §. 5 D. ad leg. Iul. de adult. 48, 5 Imperatores rescripserunt, post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti. Vergl. Papinian in der Collatio legg. Mos. VI, 6, und Diocletian eben da VII, 5.

11) fr. 38 §. 4 D. eod. Imperatores Claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt.

12) fr. 38 §. 7 D. eod. Incestum autem, quod per illicitam matrimonii coniunctionem admittitur, excusari solet sexu, vel aetate, vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit: utique si error allegetur; et facilius, si nemo reum postulavit.

13) c. 3 C. soluto matrimonio 5, 18. Si ignorans statum Erotis ut liberum duxisti, et dotem dedisti, isque postea servus est iudicatus: dotem ex peculio (vergl. *Cuiacius* Recitt. in Cod. in Opp. post. T. V. p. 565) recipies, et si quid praeterea eum tibi dedisse apparuerit. Filii autem tui, ut ex libera nati, incerto tamen patre, spurii ingenui intelliguntur. Nach der Ansicht von Huschke (Studien des Römischen Rechts Bd. 1. S. 182) scheint der Kaiser damit zu sagen, daß wenn die Bittstellerin den Stand ihres Mannes gekannt hätte, die Kinder unfrei sein würden.

auszudehnen, wie Dieß auch Wening[14]) und zum Theil Roßhirt[15]) thun.

---

14) a. a. O. B. IV §. 13 Note o. Er nimmt damit die im ersten Buche gemachte Aeußerung über die Kinder aus putativen Ehen zurück.

15) »Die putative Ehe ist an sich keine Ehe« Einleitung in das Erbrecht S. 318. Landshut. 1831. 8.

Vierzehnte Abhandlung.

Ist der am hundert zwei und achtzigsten Tage Geborne im siebenten Monate geboren?

Man hat es bisher ganz allgemein, und gewiß mit Recht angenommen, daß von den vorliegenden beiden Stellen fr. 12 De statu hominum 1, 5 [1]) und fr. 3 §. 12 De suis et legitimis 38, 16 [2]) die erste hinsichtlich der in ihr enthaltenen

---

1) Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem viri doctissimi Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.

2) De eo autem, qui centesimo octagesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius Pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum; nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octagesimum secundum diem esset manumissa.

Zeitberechnung durch die zweite genauer bestimmt werde[3]), daß also mit dem 182sten Tage der erste Tag des siebenten Monats bezeichnet werde. Nur herrscht darüber Streit, wie diese Vereinigung vorzunehmen sei.

Zählt man jeden Monat zu dreißig Tagen, wie dieß hin und wieder im Römischen Rechte geschieht[4]), so würde schon der 181ste Tag der Anfangstag des siebenten Monats sein; zählt man alle Monate zu ein und dreißig Tagen[5]), so würde — ein ganz unpassendes Resultat — der 187ste Tag der erste des siebenten Monats sein. Auch selbst wenn man beide Rechnungsarten combinirt, und daher immer von je zweien Monaten den einen zu dreißig, den andern zu ein und dreißig Tagen zählt, würde doch erst der 184ste Tag in den siebenten Monat fallen. Darum hat Schrader[6]) eine neue Berechnungsart aufgestellt. Er sieht jeden Monat als ein Zwölftel des Jahres, also als $30\frac{5}{12}$ Tage an, und rechnet daher soviel Mo-

---

3) Bereits die Scholien zu den Basiliken lib. 46 tit. 1 fr. 9 erwähnen den siebenten Monat und den 182sten Tag als vollkommen übereinstimmend, nur daß schon hier, wie in der Glosse, und bei Mehreren, z. B. bei Höpfner Commentar §. 128 Note 4, welche der Glosse folgen, der Monat zu dreißig Tagen gerechnet wird, so daß der 182ste Tag als der zweite des siebenten Monats angesehen wird. Wohl nur Fabrotus Exerc. I de iusto partu p. 1156 in Otto's Thesaurus T. III p. 1153 und Walett Pandekten §. 836 Note 39 leugnen, daß der 182ste Tag bereits dem siebenten Monate angehöre.

4) fr. 28, fr. 31 §. 22 De aedil. ed. 21 1; c. 22 §. 1 und 2 C. de iure delib. 6, 30; Nov. 115 cap. 2.

5) c. 2, c. 5 pr. trium mensium spatiis, id est nonaginta et tribus diebus C. de tempor. et repar. appell. 7, 63.

6) Civilistische Abhandlungen № III S. 201 ff.

nate, soviel Zwölftel von 365 Tagen in den nächsten ganzen Zahlen. Diese Berechnungsart läßt aber gerade bei sechs Monaten die Entscheidung zweifelhaft, und ist mit unsern Fragmenten fast unvereinbar. Denn nach der Schraderschen Berechnungsart kommen für sechs Monate $182\frac{6}{12}$ Tage, also eben so gut 183 als 182 Tage, heraus. Schrader entscheidet sich zwar, unserm Fragmente zu Gefallen, für 182 Tage, allein wie es scheint nicht ganz mit Recht. Denn bei der nach seiner Weise gewonnenen Zahlenreihe (61, 91, 122, 152, 182 oder 183, 213, 243, 274, 304, 335, 365) ist ein stetes Fortschreiten vom Niedern zum Höhern in der letzten Zahl vorhanden, von Eins allmählig aufsteigend bis Fünf, mag man 182 oder 183 annehmen. Allein vergleicht man die beiden ersten Zahlen (61, 91) mit den beiden letzten (335, 365), darauf die dritte und vierte (122, 152) mit der achten und neunten (274, 304), die immer Paarweise gleiche Zahlen am Schlusse haben (1 und 1, 2 und 2, 4 und 4, 5 und 5), so muß auch die fünfte (und sechste) mit der (sechsten und) siebenten übereinstimmen. Diese Uebereinstimmung wird aber nur erreicht, wenn wir 183, nicht wenn wir 182 Tage annehmen. Ja es spricht auch noch für die Zahl 183, daß man unter der nächsten ganzen Zahl doch in der Regel eher die nächst größere als die nächst kleinere versteht.

Allein gesetzt Schraders Wahl: 182 Tage, wäre die richtige, so fängt doch erst nach seiner Rechnung der siebente Monat mit dem 183sten Tage an, was unserm Fragmente zuwider ist. Deshalb sieht sich Schrader genöthigt zu folgender Hypothese zu greifen[7]: daß die Civilrechnung mit der

7) a. a. O. S. 218.

Monatsrechnung hier verbunden sei, d. h. weil bei der Civilrechnung sechs Monate schon vollendet sind mit dem Beginne des 181sten Tages, so könne man den 182sten schon als den ersten Tag des siebenten Monates ansehen. Allein ein solches Zurückziehen im Rechnen, als gehöre alle Zeit, die hinter dem Anfangspunkte eines dies civilis liege, schon zum folgenden Tage oder Monate, ist wohl nicht zu vertheidigen, und mit Recht hat sich bereits Reinfelder[8]) gegen diese Ansicht erklärt. Jedoch auch dieser Jurist, der überall den Monat zu dreißig Tagen zu rechnen vertheidigt[9]), greift zu einem Mittel, seine Theorie gegen unsere beiden Fragmente zu rechtfertigen welches nicht haltbar zu sein scheint.

Er giebt wegen des fr. 3 §. 12 cit. zu, daß ein am 182sten Tage und nicht früher gebornes Kind legitim sey[10]), bemerkt aber von dem Fragmente des Paulus Folgendes[11]): »Dieß war ursprünglich ein Responsum auf eine Frage mit einem speciellen Falle. Die Frage war, ob ein Kind, das im siebenten Monate nach eingegangener Ehe geboren war, legitim sei? Die Antwort ist: es sey zu präsumiren. Hier war es nun gar wohl möglich, bloß von dem siebenten Monate des Hippokrates zu reden, ohne den Tag näher zu bezeichnen, den sich der Naturkundige darunter dachte; denn man darf nur den einzigen Fall ausnehmen, daß das Kind gerade am ersten Tage des siebenten Monates, also am 181sten ge-

---

8) Der Annus civilis des Römischen Rechtes. Stuttgart 1829. 8 S. 129, 130.

9) a. a. O. S. 121, S. 123.

10) a. a. O. S. 132.

11) a. a. O. S. 132, 133.

boren war, so paßt die Antwort auf alle 29 übrige Tage vortrefflich. In 29 Fällen gegen Einen entstand also durch diesen Ausdruck keine Zweideutigkeit.« Ob Paulus mit dieser Erklärung seines responsi, das neun und zwanzig Male richtig, aber das dreißigste Mal unrichtig wäre, zufrieden sein könnte, ist sehr zu bezweifeln. Denn wenn gleich Gesetzgeber bei ihren Gesetzen auf einzelne Fälle nicht Rücksicht zu nehmen brauchen [12]), so ist desto mehr auf einen einzelnen Fall Rücksicht zu nehmen, wenn für einen solchen ein responsum verlangt wird. War daher Paulus zufrieden gestellt durch die Erwähnung, daß das Kind im siebenten Monate geboren sey, so mußte auch schon der erste Tag des siebenten Monates, also nach fr. 12 cit. der 182ste Tag, von ihm als derjenige betrachtet werden, an welchem ein legitimes Kind geboren werden könnte. Sonst wäre ja sein responsum ein zum Theil, wenn gleich nur zum geringen Theil, unrichtiges; und Unrichtigkeiten den Römischen Juristen ohne Noth aufzubürden, stimmt wohl nicht mit einer gesunden Interpretation ihrer Schriften überein, weshalb auch Schrader, dem ebenfalls unsere Stellen zu seiner Theorie nicht recht passen wollten, ausdrücklich zugesteht [13]), »daß bei dem Termin der Geburt der anfangende siebente Monat für gleichbedeutend mit dem 182sten Tage genommen werde [14]).« — Wir müssen uns daher noch nach einer neuen Erklärung umsehen.

---

12) fr. 3, fr. 4, fr. 5, fr. 6 De legibus 1, 3.

13) Civilistische Abhandlungen S. 217.

14) Aehnlich ungenau, wie Reinfelder, erklärt Glück unsere Stellen. Er meint Bd. II S. 102 Note 89, der septimo mense natus im fr. 12 werde im fr. 3 dahin bestimmt, »daß eine siebenmonatliche

Hippokrates[15]), auf dessen Meinung diese ganze Entscheidung gebaut sein soll, giebt nicht, wie Schrader[16]) sagt, hundert zwei und achtzig Tage nur als nähere Bestimmung des halben Jahres an, sondern er verlangt streng mathematisch 182 Tage, und einen halben Tag und noch etwas mehr[17]), damit durch dieses Etwas Mehr der Beginn des zweiten halben Jahres, was Hippokrates beabsichtigt, erreicht werde. Die Römer sind aber hierin offenbar nicht so strenge als Hippokrates, der auf die eben dargelegte Weise den hundert drei und achtzigsten Tag verlangt, sondern bei ihnen genügt es, wenn das Kind am frühesten Morgen des 182sten Tages geboren wird; sie warten nicht den Ablauf der größern Hälfte dieses Tages ab, um ein Kind für einen iustus und legitimus partus zu erklären; sie folgen also hier der Billigkeit. Setzen wir nun noch hinzu, daß die Römer anerkannt keine Mathematiker waren, so wird folgender einfacher Versuch sich vielleicht recht gut mit den Ansichten der Römer übereinstimmend denken lassen.

Frucht diejenige sey, welche nach sechs Monaten, und zwar in den erstern Tagen des siebenten Monats zur Welt kommt.«

15) de partu septimestri Sectio III № 4.

16) Civilistische Abhandlungen S. 219.

17) Septimenstres dicuntur diebus centum et octoginta duobus ac dimidio et insuper accedente diei particula... est tota summa dimidii anni una cum aliquantula diei parte ad partem accedente. Hippocratis Opera omnia ed. Linden Lugd. Batav. 1665. Ob diese Schrift dem Hippokrates zuzuschreiben, woran schon Fabrotus de iusto partu Exerc. I in Otto's Thesaurus Tom. III p. 1153 p. 1160 zweifelt, kann hier als gleichgiltig angesehn werden. Vergl. noch Mende Handbuch der gerichtlichen Medizin Bd. II . 292.

Zählen wir sechs Kalender-Monate hinter einander fort [18]), so ergiebt diese Zählung, wenn man mit Januar, Februar, September oder November anfängt, jedesmal 181 Tage [19]), beginnt man mit Oktober oder Dezember stets 182 Tage [20]), fängt man mit April oder Junius an, beständig 183 Tage [21]), und macht man mit März, Mai, Julius oder August den

---

18) Einen Anfang zu diesem Versuche finden wir schon bei Reinfelder a. a. O. S. 122 № 4, der aber nur eine einmalige Zählung, mit dem Januar anfangend, für alle zwölf Monate durchführt.

19)

Januar	31 T.	Februar ...	28 T.	September	30 T.	November .	30 T.
Februar ...	28 =	März	31 =	Oktober ...	31 =	Dezember .	31 =
März	31 =	April	30 =	November .	30 =	Januar ...	31 =
April	30 =	May	31 =	Dezember .	31 =	Februar ...	28 =
May	31 =	Junius ...	30 =	Januar ...	31 =	März	31 =
Junius ...	30 =	Julius	31 =	Februar ..	28 =	April	31 =
zusammen	181 =		181 =		181 =		181 =

20)

Oktober	31 T.	Dezember	31 T.
November	30 =	Januar	31 =
Dezember	31 =	Februar	28 =
Januar	31 =	März	31 =
Februar	28 =	April	30 =
März	31 =	May	31 =
Zusammen	182 =		182 =

21)

April	30 T.	Junius	30 T.
May	31 =	Julius	31 =
Junius	30 =	August	31 =
Julius	31 =	September	30 .
August	31 =	Oktober	31 =
September	30 =	November	30 =
Zusammen	183 =		183 =

Anfang, jedesmal gar 184 Tage[22]). Auf solche Weise beginnt nun der siebente Monat bald mit dem 182sten, bald mit dem 183sten, bald mit dem 184sten, bald endlich mit dem 185sten Tage. In unserm Falle nun, wo, wie gesagt, die Römer der Billigkeit folgten, schien es daher ganz natürlich, den frühesten Termin, also den 182sten Tag, zum Anfangstage des siebenten Monats zu wählen, zumal da doch auch, nicht weniger als viermal, am ersten März, am ersten Mai, am ersten Julius und am ersten August[23]), Dieses der Fall ist.

Das hier Gesagte soll aber durchaus nicht als ein Versuch angesehen werden, allgemein die bei den Römern geltende Monatsrechnung zu erklären, sondern nur die gleich im Eingange aufgestellte Beschränkung haben, die Begünstigung der nach geschlossener Ehe gebornen Kinder zu erklären[24]).

---

22)

März ...	31 T.	May ...	31 T.	Julius ..	31 T.	August ..	31 T.
April ...	30 =	Junius .	30 =	August ..	31 =	Septemb.	30 =
May ...	31 =	Julius ..	31 =	Septemb.	30 =	Oktober .	31 =
Junius ..	30 =	August ..	31 =	Oktober .	31 =	November	30 =
Julius ..	31 =	Septemb.	30 =	November	30 =	Dezember	31 =
August ..	31 =	Oktober .	31 =	Dezember	31 =	Januar .	31 =
zusamm.	184 =		184 =		184 =		184 =

23) Von diesen vier Terminen an gezählt, kommt gerade, für den siebenten Monat alle viermal der 185ste Tag, also der längste Termin heraus. Eben so stehn die andern vier Monate in Verbindung; die Zählung vom April oder Junius angefangen (183 Tage) endet zum ersten Oktober und zum ersten Dezember, von welchen Tagen angefangen die Zählung wiederum 182 Tage giebt.

24) Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 85 Note 8 äußert sich über unser fr. 3 De suis 38, 16 dahin: Mihi quidem videtur, quae de centesimo octogesimo secundo die leguntur verba, ad quaestionem Imperatori propositam esse referenda.

Adoption.

Funfzehnte Abhandlung.

Ueber die allgemeinen Grundsätze bei der Adoption.

Bekannt ist es, daß bei der Adoption im allgemeinen Sinne, d. h. zugleich bei der Arrogation und der Adoption im engern Sinne, drei Grundsätze aufgestellt zu werden pflegen [1]), aus denen sich alle bei derselben vorkommenden Rechtsregeln als Folgesätze ableiten lassen. Allein nicht überall scheinen diese Sätze jenen Regeln subsumirt zu sein. Die drei Sätze sind folgende: Die Adoption ahmt die Natur nach [2]); die Adoption ist ein

1) Glück Pandekten-Commentar B. II S. 343; Konopak Institutionen §. 147 Note p; Weber Erläuterung der Pandekten B. I S. 72, 73; Mackeldey Lehrbuch §. 548; Hartitzsch das Römische Privatrecht in ausführlicher tabellarischer Darstellung Leipzig 1831. 8. S. 177, 178.

2) Adoptio enim naturam imitatur §. 4 I. de adopt. 1, 11. Vergl.

subsidiäres Mittel sich ein Kind zu verschaffen [3]); und die Adoption muß weder dem Adoptivkinde noch einem Dritten nachtheilig sein [4]).

Aus der ersten Regel lassen sich folgende Sätze ableiten.

1) Man darf Niemanden als Enkel von einem bestimmten Sohne wider dessen Willen adoptiren [5]). Denn sicher streitet es gegen die Natur, daß einem Manne ohne oder sogar wider seinen Willen ein Kind aufgedrungen wird. Auch wird im §. 7 de adopt. I, 11 der Grund angeführt: ne ei invito suus heres [6]) agnascatur [6a]). Diese Worte verstehen nun einige Neuere [7]) so: eine solche Adoption ist nur in soweit

---

die Citate der Classiker zu dieser Stelle bei Schrader in seiner Ausgabe des Corpus iuris zu dieser Stelle; fr. 16 De adopt. I, 7 Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere; fr. 23 pr. De lib. et post. 28, 2 ne imagine naturae veritas adumbretur. Vergl. zur letzten Stelle *Cuiacius* Recitt. in lib. XII Quaest. Pap. in Opp. post. T. I p. 333.

3) Die subsidiäre Natur zeigt sehr gut Theophilus zum pr. I. 1, 11.

4) Schmitt die Lehre von der Adoption §. 8 S. 11.

5) §. 7 I de adopt. 1, 11 filius consentire debet; fr. 6 D. eod. 1, 7 consensus filii exigitur. Natürlich kann dieser Fall nur bei der Adoption im engern Sinne vorkommen. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I S. 808 Note 12.

6) Man könnte glauben, einer Tochter einen Sohn zu adoptiren wäre darnach erlaubt, weil sie keinen suus heres erhalten kann; allein der angegebene, eben sowohl physische als sittliche, Grund paßt auch vollkommen auf die Tochter.

6a) Vergl. *Raevardus* Interpp. et Emendd. cap. 14.

7) Glück a. a. O. B. II S. 357; Schmitt a. a. O. §. 14 S. 23 Note *; Hartitzsch a. a. O. S. 178.

wirkungslos [7a]), daß daraus dem filius kein Nachtheil entstehe. Allein was sollten dieß für Nachtheile sein? Bei dem agnasci eines suus könnte man zunächst an das Rumpiren eines Testamentes denken; allein ein filiusfamilias konnte ja kein Testament haben, und starb sein Vater, der ihm den Sohn adoptirt hatte, so standen ihm ja doch Mittel zu Gebote, den Adoptivsohn zum Consense für die Emancipation zu bewegen [8]). Hatte der Sohn aber seine Zustimmung zur Adoption nicht gegeben, so war auch der Adoptirte nach des Großvaters Tode nicht sein Haussohn, sondern ein von der väterlichen Gewalt ganz freier Mensch [9]).

2) Man darf Niemanden als Bruder adoptiren, weil dieß die Natur verbietet [10]), wohl aber darf man auffallend genug,

---

7[a]) Verboten ist sie nicht. Ipsa per se adoptio consistit nihilominus Donellus II, 22; aber für den nicht einwilligenden Sohn ist sie bedeutungslos.

8) Daß auch der Adoptivsohn zur Emancipation seinen Consens geben müsse, ist unten Abhandlung № 17 zu beweisen gesucht.

9) Vergl. fr. 11 mit fr. 10 De adopt. 1, 7 und Schmitt a. a. O. §. 25 S. 42 Note *.

10) c. 7 C. de her. inst. 6, 24. Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater, heres institutus tenet, restitui tibi Praeses provinciae curae habebit. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in Codd. lib. VI tit. 24 in Opp. post. T. V p. 750. Dagegen könnte man fr. 42 pr. De bon. libert. 38, 10 (Filius, qui patri heres exstitit, fratrem exheredatum adrogavit: atque ita herede eo relicto defunctus est) anführen, worin es als etwas ganz Erlaubtes dargestellt wird, seinen Bruder zu arrogiren; eine Ansicht, der auch *Cuiacius* Recitt. in lib. XIII Quaest. Pap. zu dieser Stelle in Opp.

selbst, wenn man unverheirathet ist, sich ein Kind [10a]), oder einen Enkel adoptiren, wenn man auch keinen Sohn hat [11]).

3) Kein Castrat darf adoptiren [12]).

---

post. T. I p. 363 ff. und Thibaut Pandekten §. 488 Note f folgen. Es ist aber vorzüglich von Dirksen Versuche S. 73 ff. nachgewiesen, daß adoptio zuweilen in abusiver Bedeutung gebraucht wird, und daß darunter der Fall verstanden werden muß, daß Jemand einen Dritten zum Erben einsetzt, unter der Verpflichtung seinen Namen zu führen. Man vergl. fr. 58 §. 1 De her. inst. 28, 5. Qui frater non est, si fraterna caritate diligitur, recte cum nomine suo sub appellatione fratris heres instituitur. Es ist freilich bisher nicht auf jene Stelle aufmerksam gemacht, und es kommt auch in derselben nicht der Ausdruck adoptare, sondern arrogare vor. Allein es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß arrogare hier in gleicher abusiver Bedeutung gebraucht wird. Man vergl. *Rad. Fornerius* Rerum quotid. III, 20 in Otto's Thesaurus T. II p. 216, *Crell* Diss. 67 §. 4 in Fasciculo VIII p. 1329, 1330, und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 664 a. E. Note 2.

10a) fr. 30 De adopt. 1, 7; Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I S. 808 Note 15.

11) fr. 37 De adopt. 1, 7; Duaren a. a. O. cap. XI p. 14. Auf die doppelte Fiktion in diesem Falle macht aufmerksam *Contius* subsecivae lectiones lib. I cap. 6.

12) §. 9 I. de adopt. 1, 11. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. I Differ. Modestini zu fr. 40 §. 2 De adopt. in Opp. post. T. II p. 1225 und *Christoph Riccius* Vindiciae iuris cap. 4 in *Otto* Thesaurus T. II p. 768 ff. *Walch* Introd. in controv. iuris Sect. I cap. II membr. II §. 4. Ed. III p. 69 will zwar aus zu strengem Halten an der Regel adoptio imitatur naturam Allen, die nicht Kinder zeugen können, das Recht zur Adoption absprechen. Allein theils ist die Analogie von der Ehe entgegen, theils räumt den Spadones fr. 2 §. 1 De adopt. 1, 7 ausdrücklich das Recht der Adoption ein. Vrgl. fr. 188 §. 1 De R. I. 50, 17, und das Scholion zu dieser Stelle in den Basiliken lib. II tit. 3 in Heimbach's Ausgabe p. 81.

4) Der Adoptant muß wenigstens achtzehn Jahr älter als der zu Adoptirende sein [13]).

5) Niemand kann nur auf eine Zeitlang adoptiren. Die Bedingung, nach bestimmter Zeit einen Adoptirten zu emancipiren oder wieder in Adoption zu geben, wird für ungiltig erklärt [14]), und daraus ergiebt sich zugleich die juristische Unmöglichkeit, einen emancipirten Adoptivsohn zu redadoptiren [15]).

6) Hierher kann man auch den Satz ziehen, daß in der

---

13) §. 4 I. de adopt. 1, 11; fr. 40 §. 1 D. eod. Vergl. fr. 15 §. 3, fr. 16 D. eod. Francke Das Recht der Notherben. Göttingen 1831. 8. S. 123 Note 5.

14) fr. 34 D. eod. Wiewohl wir nach heutigem Rechte diesem Satze eine solche Stellung geben können (*Duarenus* a. a. O. cap. 9 p. 14), so folgte derselbe nach älterem Rechte schon aus der Natur der adoptio als einer legis actio, *Cuiacii* Obss. XXVI, 7 und Recitt. in lib. X. quaest. Pauli zu fr. 34 cit. in Opp. post. T. II p. 1225, welche Natur aber Justinian in c. 11 *C.* de adopt. 8, 48 aufhob. Aus der Natur der Adoption als legis actio folgte auch, daß nicht blos bei der Arrogation (wie Schweppe a. a. O. §. 665 behauptet wegen fr. 24 De adopt. 1, 7), sondern auch bei der Adoption im engern Sinne der Adoptirende und das Adoptivkind in Person gegenwärtig sein müssen fr. 25 §. 1 D. eod. *Duaren* a. a. O. cap. 10 führt diese Bestimmung noch als praktisch an, während *Thomasius* a. a. O. §. 3 p. 841 die Anwendbarkeit dieser Bestimmung leugnet. Die Consequenz ist auch durchaus für die Ansicht von Thomasius. Denn daß troß der citirten c. 11 diese Bestimmungen in fr. 24 und fr. 25 stehn geblieben sind, läßt sich sehr leicht daraus erklären, daß jene Verordnung Ende Oktobers 530 erlassen wurde, zu einer Zeit als wenigstens schon die ersten Bücher der Digesten ganz vollendet waren.

15) fr. 37 §. 1 D. eod.

Regel nicht mehrere Kinder zugleich adoptirt werden dürfen[16]), weil auch die Natur regelmäßig mit einem Male nur ein Kind schenkt.

Bei allen diesen Folgesätzen wird entweder schon in den Rechtsquellen ausdrücklich bemerkt, daß sie zugleich für Adoption im engern Sinne und für Arrogation gelten (z. B. bei № 3 und 4); oder wenn dieß auch nicht der Fall ist, so ist es wegen der Natur der Sache doch mit Sicherheit anzunehmen.

Die zweite oben angegebene Regel wird allgemein so vorgetragen, daß die Adoption ein subsidiäres Mittel sey, die väterliche Gewalt zu erwerben[17]). Allein dieß ist im neuesten Justinianeischen Rechte unrichtig, da im Falle, daß kein Descendent adoptirt wird, niemals vom Adoptivvater nach Justinians Vorschrift väterliche Gewalt erworben wird[18]). Richtiger sagt man daher: die Adoption ist ein subsidiäres Mittel legitime Kinder zu bekommen. Die subsidiäre Natur der Adoption zeigt sich aber in folgenden Sätzen.

1) Justinian verbot die Adoption[19]) oder Arrogation eines Concubinenkindes[20]) für dessen Vater, so lange noch die Le-

16) fr. 15 §. 3 Item non debet quis plures adrogare, nisi ex iusta causa De adopt. 1, 7. Vergl. *Donellus,* commentarii II, 23.

17) So Glück, Mackeldey, Hartigsch a. a. O.

18) c. 10 C. de adoptionibus 8, 48. Vergl. *Cuiacii* Recitt. zu diesem Titel in Opp. post. T. V. p. 1361 ff.

19) Denn auch die Adoption im engern Sinne war bei solchen Kindern möglich, namentlich dann, wenn sie von ihrem Vormund oder durch sich selbst Jemandem in Arrogation gegeben waren, und nun der leibliche Vater sie sich adoptiren lassen wollte.

20) Nicht jedes unehlichen Kindes. Schmitt a. a. O. §. 19 Note *** S. 34. Ueber das frühere Recht in diesem Punkte vergl. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I. §. 219 S. 803.

gitimation (durch eine nachfolgende Ehe) eines solchen Kindes möglich war [21]).

2) Eine Frau [22]) darf nur, wenn sie Kinder gehabt und alle verloren hat [23]), sich ein Kind adoptiren [23a]).

3) Wer ein Kind oder mehrere, gleichviel ob leibliche [24]) oder Adoptivkinder [25]), in seiner Gewalt hat, darf nicht adoptiren, die Kinder müßten denn so schlecht sein, daß sie nicht werth wären Kinder zu heißen, also namentlich, wenn sie die

---

21) c. 7 C. de natural. lib. 5, 27; novella 74 cap. 3; novella 89 cap. 11 §. 2.

22) Nicht nothwendig eine Wittwe. Denn der §. 10 I de adopt. I. 11 schließt Ehefrauen nicht aus.

23) Schrader in seiner Ausgabe des Corpus iuris zum §. 10 I. h. t. ist wegen Leo's Novelle 27 der wohl nicht zu vertheidigenden Ansicht, auch im Justinianeischen Rechte habe eine Frau, die nie Kinder gehabt, adoptiren können. Ja Theophilus zum §. 10 sagt ja ausdrücklich: mulier, quae liberos non habuit, neque per rescriptum Imperiale quemquam adoptabit. Vergl. *Donellus* Com. lib. II. cap. 22.

23a) In c. 5. C. de adopt. 8 48, so wie im §. 10 I. eod. wird ausdrücklich von den Frauen gesagt: adoptare possunt, so daß wohl nicht gezweifelt werden kann, daß Frauen eben so arrogiren konnten, als daß ein Vater einem Weibe die allgemeinen elterlichen Rechte über sein Kind cediren, und die väterliche Gewalt über dasselbe zurückbehalten konnte; dessenungeachtet aber doch wohl diese Adoption, als eine unvollkommene, der Bestätigung des Regenten bedurfte.

24) quos iustis nuptiis procreaverit fr. 17. §. 3 De adopt.

25) non debet quis plures adrogare fr. 15 §. 3 D. eod. Dieß kann eben so gut heißen; man dürfe nicht mehrere Kinder hinter einander adoptiren, aber auch, wie es in Note 16 genommen ist, man dürfe nicht mehrere Kinder gleichzeitig adoptiren.

Enterbung verdienen[26]). Einige Juristen[27]) behaupten eine Ausnahme von diesem Satze, wenn der Vater den Mann oder die Frau seines einzigen Kindes adoptiren will, und berufen sich dafür auf fr. 17 §. 1 De R. N. 23, 2 Volenti generum adoptare suadetur, ut filiam emanciparet; similiter suadetur ei, qui nurum velit adoptare, ut emancipet filium vergl. mit fr. 17 §. 3 De adopt. 1, 7. Was sagen nun aber diese Worte, welche sich fast eben so in §. 2 I. de nuptiis 1, 10 finden, anders, als: will ich meinen künftigen Schwiegersohn oder meine künftige Schwiegertochter adoptiren, so muß ich mein leibliches Kind vorher emancipiren, theils weil meine ehelichen Hauskinder und meine adoptirten Kinder sich unter einander nicht heirathen können[28]), theils weil ich einen Sohn oder eine Tochter nicht adoptiren darf, wenn ich bereits eine eheliche Tochter oder einen ehelichen Sohn habe[29]). Dieß erkennt auch Schmitt an; allein er glaubt, die im fr. 17 §. 3 cit. angeführte ratio; ne illorum, quos iustis nuptiis procreaverit, deminuatur spes, passe nicht auf diesen Fall, und darum sey dieser Fall ausgenommen. Allein theils läßt sich dagegen der Satz einwenden: ob cessantem rationem non cessat lex ipsa, theils kann man

---

26) fr. 17 §. 3 D. eod. Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit, vel plures liberos, adoptare alium; ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreaverit, deminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio paret sibi: aut qui adoptatus fuit minus percipiat, quam dignum erit, eum consequi.

27) Wie Höpfner Institutionen §. 147; Schmitt a. a. O. §. 14 S. 25 Note **.

28) fr. 17 §. 1 De ritu nuptiarum 23, 2.

29) fr. 17 §. 3 De adopt. 1, 7.

auch gar nicht sagen, daß hier durchaus die ratio wegfalle. Denn stirbt nach geschehener Emancipation der einzigen Tochter und nach geschehener Arrogation des Schwiegersohnes der Vater ohne Testament, so muß die Tochter das Vermögen, welches sonst ihr ganz allein anheimgefallen wäre, mit ihrem Gatten theilen, der, leichtsinnig, vielleicht bald seine Hälfte verschleudert, ohne sie zum Nutzen seiner Frau zu verwenden.

Auch die Bestimmungen, welche hier aus der zweiten Hauptregel fließen, sind für die Arrogation und Adoption gemeinschaftlich. Denn die c. 5 C. de adopt. 8, 48 spricht zwar nur vom arrogare, hingegen Justinian im §. 10 I. eod. ganz allgemein von der Adoptio.

Zwar behauptet z. B. Donellus[29a]), daß die unter № 1 und 3 angeführten Fälle nur der Arrogation eigenthümlich seyen; aber dieser Ansicht muß durchaus widersprochen werden. Denn die hierhin gehörigen Stellen nennen theils adoptio und arrogatio neben einander[30]), theils die Adoptio allein[30a]).

Nur darin ist die Arrogation noch mehr beschränkt als die Adoption im engern Sinne, daß bei jener auch keine große[30b]) Hoffnung mehr Kinder zu zeugen vorhanden sein, der Arrogirende also bereits ein Alter von sechszig Jahren erreicht haben muß[31]).

29a) Commentarii iuris lib. II cap. 23.

30) c. 7. C. de natural. lib. 5, 27 non arrogationum vel adoptionum praetextus.

30a) fr. 17. §. 3. De adopt. 1, 7 Die Worte s. oben Note 26.

30b) Hugo in seinem Civilistischen Magazine B. 2. S. 212 (dritte Ausgabe).

31) fr. 15 §. 2 De adopt. 1, 7. So daß von der Arrogation in dieser Beziehung gerade nicht gesagt werden kann, imitatur naturam.

Die dritte Hauptregel war die, daß die Adoption weder dem zu Adoptirenden noch einem Dritten zum moralischen oder pekuniären Nachtheil gereichen dürfe. Aus dieser Regel lassen sich folgende Sätze ableiten.

1) Der Tutor oder Curator darf keinen minor arrogiren, dessen Tutel oder Curatel er geführt hat[32]). Findet jedoch die competente Behörde nach vorgängiger causae cognitio, daß kein Nachtheil für den minor zu befürchten ist, so ist die Arrogation erlaubt[33]). Die Adoption des gewesenen Mündels ist aber immer erlaubt. Denn sobald derselbe durch Arrogation in eine neue Familie getreten war, erlosch die Tutel oder die Curatel[34]), und der nun folgenden in adoptionem datio an den ehemaligen Vormund steht Nichts entgegen, zumal da bei der in adoptionem datio keine causae cognitio vorkommt[35]).

Zwar fehlt es nicht an Juristen, welche eine Adoption im engern Sinne ebenfalls nur nach vorgängiger Untersuchung

32) fr. 17 pr. De adopt. 1, 7. Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor viginti quinque annis sit, qui adrogatur; ne forte ideo eum adroget, ne rationes reddat. Dieser letzte Grund konnte auf einen Mündel, dessen Vater sein Vormund gewesen, nicht passen, weil der Vater stets frei von der Rechnungslegung gegen seine Kinder war.

33) Z. B. in Beziehung auf den Stiefsohn fr. 32 §. 1. D. eod Imperator Titus Antoninus rescripsit, privignum suum tutori adoptari permittendum. Auf solche Weise scheint der Widerspruch, welchen *Cuiacius* Obss. II, 38 zwischen fr. 17 und dieser Stelle finden will, gänzlich zu verschwinden. Man vergl. noch c. 3 C. de contrario iudicio tutelae 5, 58.

34) §. 1, §. 4 am Ende I. quib. mod. tut. fin. 1, 22.

35) c. 11 C. de adopt. 8, 48.

vor dem competenten Richter vollzogen werden lassen[36]). Allein die hieher gehörigen Stellen sagen weiter Nichts, als einmal, die Adoption müsse imperio magistratus geschehen[37]). Damit ist aber nur gesagt, daß die Gegenwart eines magistratus, der legis actio hat, nöthig sey, und z. B. ein über diese Handlung aufgenommenes Notariats-Instrument nicht genüge[38]). Sodann aber verlangt die wichtigste Justinianeische Verordnung über die Adoption nur, daß die Adoption actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestirt werden soll[39]). Nirgends wird also nur auf das Entfernteste eine causae cognitio verlangt[40]).

2) Aus einer turpis causa darf nicht arrogirt werden. Auch dieß Verbot gilt nur für die Arrogation nach den ausdrücklichen Worten des fr. 17 pr. De adopt. 1, 7[41]), da

---

36) So z. B. Thibaut Pandekten §. 490 № 3; v. Wening-Ingenheim a. a. O. B. IV §. 98; *Warnkönig* Commentarii lib. IV cap. II §. 914 T. III p. 138.

37) Dieß sagt der mit fr. 2 pr. De adopt. I, 7 identische §. 1 I. de adopt. 1, 11.

38) c. 4 C. de adopt. 8, 48. Adoptio non tabulis, licet per tabellionem conficiendis, sed solenni iuris ordine apud Praesidem solet copulari.

39) c. 11 C. eod. und der Auszug daraus im §. 8. I. quib. mod. ius pot. 1, 12.

40) Die Ausnahmen, welche Seuffert Pandekten §. 474 von dieser Regel annimmt, gehn alle nur auf die Arrogation, nicht auf die Adoption im engern Sinne.

41) Item inquirendum est, ne forte turpis causa adrogandi subsit. Dieß Requisit gilt nicht etwa bloß bei der Arrogation eines Unmündigen. Schweppe Römisches Privatrecht §. 665.

bei der in adoptionem datio, wie gesagt, keine causae cognitio vorkommen darf.

3) Kein Armer darf einen Reichen adoptiren. Ist aber der Arme von unbescholtenem und uneigennützigem Lebenswandel, und sein Wohlwollen gegen das anzunehmende Kind nicht unbekannt, so steht der Adoption Nichts im Wege[42]. Auch dieser Satz, wiewohl Ulpian sich des Ausdruckes adoptare bedient, ist gewiß nur in Beziehung auf die Arrogation zu verstehen, wegen der hier nur vorkommenden causae cognitio[42a].

4) Der Vermögensnachtheil, welchen dritte Personen aus einer Adoption erleiden könnten, ist möglicher Weise Ursache, daß die Adoption nicht gestattet wird[43]. Dahin gehört nun

---

42) fr. 17 §. 4 De adopt. 1, 7 Interdum et ditiorem permittetur adoptare pauperiori, si vitae eius sobrietas clara sit, vel affectio honesta, nec incognita.

42a) c. 1, c. 2, c. 3 C. de adopt. 8, 48. Auch *Duarenus* zum Titel der Digesten de adoptionibus cap. 4 in Opp. p. 12 erklärt eben so bei der arrogatio als nothwendiges Requisit die causae cognitio, wie er dieselbe, ebendaselbst cap. 6 p. 13, bei der adoptio im engern Sinne für überflüssig erklärt. Auf gleiche Weise äußern sich *Cuiacius* Recitt. in Modestini Differ. lib. I zum fr. 40 De adopt. in Opp. post. T. II p. 1224; *Donellus* Commentarii iuris II, 23; *Thomasius* Diss. de adopt. §. 4 in seinen Diss. acad. T. III Diss. 104, p. 842, p. 849; Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I §. 222 S. 815. Zu weit scheint wohl Schrader in seiner Ausgabe des Corpus iuris zum §. 3 de adopt. 1, 11 zu gehn, wenn er die Nothwendigkeit der causae cognitio im Justinianeischen Rechte auf die Arrogation von Unmündigen beschränkt.

43) fr. 39 D. eod. Quod desideras, an impetrare debeas, aestimabunt iudices, adhibitis etiam his, qui contradicent; id est qui laederentur confirmatione adoptionis. Glück a. a. O. B. II S. 358.

vorzüglich der Fall, welchen Ulpian in fr. 17 §. 1 D. h. t.[44]) erwähnt, daß bei der arrogatio eines impubes diejenigen, welche etwa ihm pupillariter substituirt sind, zugezogen werden sollen, um ihnen auf den Fall, daß der Pupill in der Unmündigkeit stirbt, Sicherheit zu leisten[45]).

Da die Veränderungen bei einer Arrogation für den Arrogatus bei weitem bedenklicher waren, als für einen zu Adoptirenden[46]), so kam es wohl, daß die Kaiser die Arrogation zu erschweren suchten[46a]), und sie ohne ein nachgesuchtes Reskript für ungiltig erklärten[47]). Einem solchen Reskripte mußte nun aber wohl, nicht bloß wenn ein unmündiges

---

Der Ausdruck laedi ist sicher doch nur von Vermögensnachtheilen zu verstehen.

44) Eorum duntaxat pupillorum adrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione, vel sanctissima affectione ducti adoptarent; ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam, et substitutionem a parente factam exstinguere.

45) fr. 19 pr. De adopt. 1, 7; fr. 40 De vulg. et pup. subst. 28, 6; Glück a. a. O. Bd. II S. 385 Note 25. Die Bürgschaft mußte nach fr. 18 De adopt. 1, 7 und c. 2 (von Diokletian) C. eod. 8, 48 einem servus publicus bestellt werden. Diese Bestimmung aber ist durch ein Gesetz von Arkadius und Honorius, c. 3 C. de tabulariis 10, 69, vernichtet, indem dieses die Einführung von freien Tabularien überall gebot. Daher finden wir auch im §. 3 I. de adopt. 1. 11 einen tabularius statt des servus publicus genannt. Vergl. Schrader in seiner Ausgabe des Corpus iuris zum angeführten §. 3 der Institutionen.

46) Hugo im Civilistischen Magazin Bd. II S. 216, 217. *Donellus* Commentarii de iure civili lib. II cap. 23. Desiderat arrogatio plures cautiones.

46a) Donell a. a. O. Quibus de causis adoptare quis non potest, ex his multo magis arrogare prohibetur.

47) §. 1 I. de adopt. 1, 11; c. 6 C. eod. 8, 48.

Kind arrogirt wurde, sondern beständig eine causae cognitio vorangehn, und von Juristen[48]), so wie von Kaisern[49]) finden wir einige Winke über die Gründe gegeben, welche die Vollziehung einer Arrogation hindern konnten.

Als Resultat scheint daher hervorzugehen, daß die dritte im Anfange aufgestellte Regel nicht allgemein für Adoption und Arrogation zugleich gilt, sondern nur für die letztere allein. So wenig aber dieser Unterschied zwischen Adoption und Arrogation anerkannt wird, eben so wenig pflegt eine Uebereinstimmung zwischen den Formen der Adoption und Arrogation hervorgehoben zu werden, die darin besteht, daß bei beiden ein schriftliches Dokument vorkommen muß, bei der Arrogation das überall erwähnte Reskript des Regenten, dessen auch die Frau, wenn sie adoptiren oder arrogiren will, bedarf, und das Protokoll des competenten Richters, wenn eine Adoption vorgenommen wird[50]).

---

48) fr. 17 D. eod. Gans Scholien zum Gajus S. 106 bemerkt mit Recht, daß fr. 15 und die folgenden Fragmente dieses Titels nur von der arrogatio, und zwar von dieser überhaupt, reden. Man kann wohl wegen der Vornahme der Arrogation in den Curiatcomitien, Suetonius in Augusto cap. 65 annehmen, daß sie zunächst für die Patricier eingeführt war, um deren Familien nicht aussterben zu lassen.

49) fr. 39 D. eod.

50) c. 11 actis intervenientibus apud competentem iudicem C. h. t. *Donellus* Commentarii lib. II cap. 22, *Strauch* Diss. IV ad ius Iustinianeum §. 17 und *Warnkoenig* a. a. O. §. 913 haben diese Worte als nothwendiges Requisit der Adoption im engern Sinne in die Definition derselben aufgenommen. Wegen des ältern Rechtes vergl. c. 4 C. eod. Competent heißt der Magistrat aber hier nur in Beziehung auf seine Würde, nicht in Beziehung auf die Person der Partheien.

Sechszehnte Abhandlung.

Ueber zwei angebliche Fälle des Verlustes der väterlichen Gewalt.

In allen Compendien [1]), so wie in allen größern Werken [2]) lesen wir, daß die väterliche Gewalt zur Strafe verloren wird,

---

1) *Cuiacius* Paratitla in Codicem lib. VIII. tit. 51; *Perez* Praelect. in lib. VIII Cod. tit. 52 §. 1; Höpfner Commentar §. 159 № 2; Thibaut Pandekten §. 494 Note i; Günther principia §. 485 Note e; Konopak Institutionen §. 154 Note g; Wening Lehrbuch Bd. II. §. 402 Note n, der sich aber nur auf das canonische Recht beruft; Mackeldey Lehrbuch §. 563 Note c; Seuffert Pandekten §. 480: Valett Lehrbuch §. 873 Note 34; Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 191; Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I §. 224 a. E. Note 16; Schweppe Röm. Privatrecht herausgegeben von Meier §. 669; Zachariä Institutionen S. 143.

2) Glück Commentar Bd. II §. 156. S. 397.

wenn der Vater die Kinder aussetzt. Die hiefür angeführten Citate sind const. 2 und const. 4 C. de infant. expos. 8. 52 und Novelle 153 cap. 1. Ehe wir aber über die Beweiskraft dieser Stellen sprechen, müssen wir die eine Beweisstelle const. 4 ausscheiden, da sie gar nicht in den Codex gehört, sondern mit der angeführten Novelle identisch ist. Pacius, der sie zuerst als restituta constitutio[3]) in den Codex gestellt hat[4]), ist hier in einem Irrthum befangen gewesen, den die spätern Herausgeber des Constitutionen-Codex, selbst Spangenberg nicht ausgenommen, getheilt haben. Pacius ist hier nämlich dem Leunklavius gefolgt, welcher in seinen Adnotationes zu seiner Ausgabe der Synopsis aus dieser[5]) die Stelle restituirt hat, ohne daran zu denken, daß diese Verordnung Justinians vom Jahre 541 herrührt, also nicht in den 534 publicirten Codex gehört. Die Identität aber dieser

---

3) Glück Einleitung in das Studium des Röm. Rechts Bd. I S. 273. Spangenberg Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch Seite 171.

4) Ich habe dieß aus der Bemerkung des Pacius geschlossen: Ultima constitutio h. t. in aliis edd. desideratur. Eam ex ecloga Basilicorum, quam Io. Leunclaius, vir optime de iure civili meritus edidit, restitui, eiusdemque Leunclaii interpretationem adieci. Jetzt wird die Sache durch Witte Die leges restitutae des iustinianeischen Codex Breslau 1830. S. 212 bestätigt. Allein auch bei Witte a. a. O. S. 66 hat diese Ausgabe des Pacius das besondere Unglück, daß ihr Druckort Atrebat. st. Genevae, wie er noch dazu bei der Ausgabe des Codex auf dem Titel steht, angegeben wird. Vergl. meine Recension in der Allgem. Hall. Lit. Zeitung. 1829. № 85 May. S. 36.

5) Synopsis XXXIII, 2 cap. 4 p. 318, 319.

const. 4 mit dem ersten Capitel der Novelle 153 [6]) zeigt sich aus folgender Zusammenstellung, wobei der Text beibehalten ist, wie ihn die Göttinger Ausgabe liefert.

const. 4.	Nov. 153.
Θεσπίζομεν, ὅσοι ἐν ἐκκλησίαις, ἢ ἐν [7]) *ῥύμαις, ἢ ἄλλοις τόποις ἀποριφέντες* [8]) *δειχθῶσι, τούτοις* [9]) *πᾶσι τρόποις ἐλευθέροις* [10]) *εἶναι. κὰι* [11]) *εἰ ἀκριβής τις ἀπόδειξις ὑπάρχει* [13]) *τὸ* [14]) *ἐνάγοντι, εἰς τὸ δεῖξαι τὸ τοιοῦτον πρόσωπον τῇ αὐτοῦ*	*Ὅσοι τοίνυν οὕτως ἐν εκκλησίαις, ἢ ῥύμαις, ἢ ἄλλοις τόποις ἀποῤῥιφθέντες δειχθῶσι, τούτους πᾶσι τρόποις ἐλευθέρους εἶναι παρακελευόμεθα, κἂν* [12]) *εἰ ἀκριβής τις ἀπόδειξις ὑπάρχοι τῷ ἐνάγοντι εἰς τὸ δεῖξαι τὸ τοιοῦτον πρόσωπον*

---

6) Natürlich ist Witte'n a. a. O. S. 212 diese Identität nicht entgangen.

7) Das *ἐν* ist als überflüssig besser wegzulassen.

8) Das Wort *ἀποριφέντες* ist doppelt fehlerhaft. Die Verdoppelung des *ῥ* in der Mitte muß eintreten, auch spricht für den Aoristus I nicht blos die Lesart der Novelle, sondern auch das unten vorkommende *καταλειφθέντας*.

9) 10) Schon Pacius schlägt vor *τούτους ἐλευθέρους* zu lesen, allein vermöge der im Griechischen häufigen Attractionen ist der doppelte Dativ sehr gut zu vertheidigen.

11) 12) Es muß *κἂν* (*κᾦν* ist wohl nur Druckfehler) heißen; diese Lesart ist wohl nur aus dem Grunde verworfen, und in *καὶ* verwandelt, weil man nicht glaubte, daß *ἂν* und *εἰ* in demselben Satze neben einander stehen könnte.

13) Die Lesart *ὑπάρχοι* ist offenbar vorzuziehn.

14) Schon Pacius bemerkt in der Note mit Recht, daß hier *τῷ* gelesen werden müsse.

διαφέρειν δεσποτεία. εἰ γὰρ τοῖς ἡμετέροις προςτέτακται νόμοις, ὥστε τοὺς νοσοῦντας οἰκέτας παρὰ τῶν δεςπότων [15]) καταφρονηθέντας, καὶ ὡς τῆς αὐτῶν ὑγείας ἀπελπισθείσης ἐκ τῶν κεκτημένων ἐπιμελείας μὴ ἀξιουμένους πάντως εἰς ἐλευθερίαν ἀφαρπάζεσθαι [19]) πῶς ἄραγε [20]) τοὺς ἐν αὐτῇ τῇ τῆς ζωῆς ἀρχῇ

τῇ αὐτοῦ διαφέρειν δεσποτείᾳ. εἰ γὰρ ἡμετέροις προςτετακται νόμοις, ὥςτε τοὺς νοςοῦντας οἰκέτας παρὰ τῶν δεςποτῶν καταφρονηθέντας, καὶ [16]) τῆς αὐτῶν ὑγιείας [17]) ἀπελπιςθείσης, ὡς ἐκ τῶν κεκτημένων ἐπιμελείας μὴ ἀξιουμένης [18]) πάντως εἰς ἐλευθερίαν ἀναρπάζεσθαι πόσῳ μᾶλλον τοὺς ἐν αὐτῇ τῇ τῆς ζωῆς ἀρχῇ

---

15) Ein falscher Accent statt δεσποτῶν.

16) Offenbar gehört hierher das Wort ὡς, und nicht erst eine Zeile weiter. Es ist dieß ein in den Novellen gewiß nicht häufig vorkommendes Beispiel eines verbi fugitivi.

17) ὑγέιας ist für diese schlechte Zeit richtiger als das elegantere ὑγιείας Vergl. Lobeck ad Phrynichum S. 493.

18) Hier ὑγείας zu suppliren, geht nicht an, weil sonst das hinter καταφρονηθέντας stehende καὶ Nichts hätte, worauf es sich bezöge. Daher muß ἀξιουμένους sc. οἰκέτας gelesen werden.

19) Welche Lesart, ἀναρπάζεσθαι oder ἀφαρπάζεσθαι, vorzuziehn sey, kann nicht zweifelhaft sein, da das erste Wort mehr in der eigenthümlichen Bedeutung (in die Höhe reißen) als in einer metaphorischen Bedeutung bei guten Schriftstellern gebraucht wird, und dem Verfertiger jener Synopsis, woraus die Coderstelle entlehnt ist, nur der Gedanke des in die Höhe Führens, (aus der Sklaverei zur Freiheit), was in dem ἀνὰ liegt, vorschwebte.

20) Auch hier kann man nicht sagen, daß diese Lesart aus πόσῳ μᾶλλον corrumpirt sey, sondern der Epitomator wollte sich der Eleganz befleißigen, und wählte darum πῶς ἄραγε.

τῇ τῶν ἄλλων ἀνθρώπων καταλειφθέντας εὐσεβείᾳ, καὶ παῤ αὐτῶν ἀνατραφέντας, ἀνεξόμεθα εἰς ἄδικον δουλείαν κατέλκεσθαι [21]. ἀλλὰ τούτους ἐλευθεροῦσθαι θεσπίζομεν, μήτε τὰς ἐκ τῶν ἡμετέρων νόμων τῶν ταῦτα πραττόντων διαφευγόντων ποινάς· οἷᾳ [23]) πάσης ἀπανθρωπίας καὶ ὠμότητος πληρωμένων [24]) καὶ τοσούτων [25]) πάσης μιαιφονίας χείρονας [26]), ὅσονταύ-

τῇ τῶν ἄλλων ἀνθρώπων καταλειφθέντας εὐσεβείᾳ, καὶ παῤ αὐτῶν ἀνατραφέντας, ἀνεξόμεθα εἰς ἄδικον δουλείαν καθέλκεσθαι; Ἀλλὰ.. . . [22]) τὴν ἐλευθερίαν αὐτοῖς ἐκδικεῖν θεσπίζομεν, μήτε τὰς ἐκ τῶν ἡμετέρων νόμων τῶν ταῦτα πραττόντων διαφευγόντων ποινὰς, οἷα πάσης ἀπανθρωπίας καὶ ὠμότητος πεπληρωμένων, καὶ τοσοῦτον πάσης μιαιφονίας χείρονος, ὅσονταυ-

---

21) *Κατέλκεσθαι* ist wohl eben so nur Druckfehler st. *καθέλκεσθαι*, als das Kolon dahinter statt des Fragezeichens.

22) Die ausgelassenen Worte lauten so: *τούτοις τόν τε ὁσιώτατον ἀρχιεπίσκοπον τῆς Θεσσαλονικέων καὶ τὴν ὑπ᾽ αὐτον ἁγίαν τοῦ θεοῦ ἐκκλησίαν, καὶ τὴν σὴν ἐνδοξότητα βοηθεῖν καί.*

23) *ποινάς· οἷᾳ* sind gewiß Druckfehler der Göttinger Ausgabe. Denn der Dativus *οἷᾳ*, übrigens mit einem falschen Accent, kann nicht statt des Accusativ Pluralis stehn, eben so kann davor kein größeres Unterscheidungszeichen als ein Komma stehn, und vor dem Komma muß es *ποινὰς* und nicht *ποινάς* heißen.

24) *πληρωμένων* läßt sich zwar vertheidigen, aber viel besser scheint das Perfektum *πεπληρωμένων* den geforderten Sinn wiederzugeben.

25) Gewiß ist dieß nur Druckfehler statt *τοσοῦτον*.

26) *χείρονας*, wie Pacius und Spangenberg lesen, kann nur

την τοῖς ἀθλιωτήροις [27]) ἐπάγουσι.	την τοῖς ἀθλιωτέροις ἐπάγουσι [28]).

Daher ist nur von der Novelle und der const. 2 cit. zu sprechen. Die δεσποτεία in der Novelle würde schon zeigen, daß hier von einer Gewalt über Sklaven, nicht von der väterlichen Gewalt, die Rede sey, und diese Ansicht wird durch das von den kranken Sklaven hergenommene Argument, welche der Herr verläßt, unterstützt. Eben so ist im Verfolge die δουλεία und die ἐλευθερία nur von der Sklaverei und der Freilassung zu verstehen. Jedoch auch diese Novelle, wiewohl sie Mackeldey und Thibaut citiren, ist wie bereits Wening und Warnkönig [28a]) bei dieser Gelegenheit mit Recht bemerken, eine unglossirte.

Von c. 2 C. cit. gilt ebenfalls, daß sie nur von Sklaven handelt. Denn wiewohl der Anfang der Verordnung: Unusquisque sobolem suam nutriat auf eigene eheliche Kinder hinzudeuten scheint, so leidet doch der Ausdruck suus auch die

---

auf ποινὰς bezogen werden, giebt dann aber gar keinen Sinn. Hombergk schlug zu dieser Stelle in der Novelle χειρόνων zu lesen vor, im Zusammenhange mit διαφευγόντων und πεπληρωμένων. Allein die Lesart χείρονος, auf ὠμότητος bezogen, ist wohl unstreitig die richtigste, wenn man nur καὶ durch et quidem erklärt; und so las auch schon in der Novelle Haloander.

27) ἀθλιωτήροις ist sicher nur Druckfehler für ἀθλιωτέροις.

28) Daß diese Novelle, wie bereits oben bemerkt ist, im Jahre 541 erlassen ist, zeigt Biener Geschichte der Novellen S. 529.

28a) Commentarii iuris lib. IV cap. II §. 919 T. III p. 145.

Erklärung: unusquisque sobolem, quae in suo dominio est, nutriat. Daß aber nur Dieß bezeichnet werden soll, geht aus den unmittelbar folgenden Worten: Quod si exponendam putaverit, animadversioni [29]), quae constituta est, subiacebit, hervor, weil darin unverkennbar die Beziehung auf eine Verordnung Constantins liegt, daß die Vindikation eines solchen mit Willen und Wissen des Herrn ausgesetzten partus dem Herrn desselben entzogen sein soll [29a]). Auch zeigt sich in den folgenden Worten der const. 2 [30]) (dominis vel patronis) nur die Beziehung auf wirkliche und gewesene Sklaven [31]).

---

29) Spangenberg im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. III S. 13 hält die hier angedrohte außerordentliche Strafe für die erste ausdrückliche Sanction der Römischen Kaiser gegen das Verbrechen der Kinderaussetzung, einer Unsitte, die im ganzen Alterthume sehr verbreitet war. Bei *Noodt* im Iulius Paulus cap. 4 sind die Klagen der Kirchenväter über Häufigkeit dieses Verbrechens zusammengestellt.

29a) c. 1 Th. C. de expositis 5, 7. Jakobus Gothofredus sagt in der ersten Note zu dieser Stelle mit Recht: Abest haec lex a Cod. Iust. Antiquatur quippe seu abrogatur ea a Iustiniano l. ult. Cod. eod. tit. Jetzt muß man diese Verordnung auf die nächstfolgende beziehn, worin Justinian vorschreibt, daß Keiner einen solchen expositus als Sklave oder adscriptitius vindicire.

30) Die übrigen Worte der Verordnung sind: Sed nec dominis vel patronis repetendi animum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit: nec enim suum quis dicere poterit, quem pereuntem contemsit.

31) In der c. 3 C. eod. zeigt nämlich Justinian seine Absicht, die Zahl der Sklaven zu verringern, und die Wege zur Freiheit zu vervielfältigen, indem er das bereits erwähnte Gesetz von Constantin aufhob, wel-

Somit wäre denn bewiesen, daß keines der angeführten und hier erklärten Citate für das Beweisthema unserer Gegner von Bedeutung ist; es läßt sich aber noch ein positives Argument vorbringen, woraus hervorgeht, daß wenn der Vater sein Kind aussetzt, dieß nach Justinianeischem Rechte kein modus tollendae patriae potestatis war[31a]). Wir finden in c. 16 C. de nuptiis 5, 4[31b]) Folgendes gesagt: **Patrem, qui filiam exposuit, hanc nunc adultam sumptibus et labore tuo factam, matrimonio coniungi filio tuo desiderantis favere voto convenit: qui si renitatur, alimentorum solutioni (in hoc solummodo casu[32]) parere debet**[32a]). Daraus geht hervor, daß der Vater eines ausgesetzten Kindes zu dessen Heirath seinen Consens geben müsse oder verweigern könne. Das Recht zur Heirath des Kindes

---

ches den Erziehern ausgesetzter Kinder diese auch als Sklaven zu behandeln erlaubte. Justinian befahl hierin, daß jedes ausgesetzte Kind, möchte es auch servili conditione sein, durchaus als ingenuus von seinen Pflegeeltern angesehn werden sollte. Darnach gehört dieses Gesetz gar nicht zu unserer Frage, und wird auch nirgends als Beweisstelle angeführt.

31a) Eben so wenig als die abdicatio liberorum. Vergl. c. 6 und c. 9 C. de pat. pot. 8, 47; Dirksen Versuche S. 70, 71.

31b) Auf diese Stelle als entgegenstehend wird schon in der Glosse zu c. 2 C. 8, 51 verwiesen.

32) *Cuiacius* Obss. XVI, 36 erklärt diese Worte als Glossem.

32a) *Cuiacius* freilich a. a. O. und Recitt. in Cod. lib. 8 tit. 51 in Opp. post. T. V p. 1374, 1375 ist der Meinung, daß das oben mitgetheilte Reskript den Fall voraussetze, daß wegen großer Dürftigkeit der Vater sein Kind ausgesetzt habe, und daß wegen dieses Entschuldigungs-

zu consentiren war aber ein Ausfluß der väterlichen Gewalt[33]), und damit sagt diese Stelle also indirekt, daß trotz der expositio partus die väterliche Gewalt fortdauere. Auch brachte es ja der Grundbegriff der väterlichen Gewalt bei den Römern mit sich, daß der Hausvater das domesticum imperium über seine Kinder so lange behielt, als die gegenseitige Fähigkeit zur Fortsetzung Römischer Familienverhältnisse zwischen ihnen bestand[33a]); und Niemand wird behaupten, daß durch die geschehene Aussetzung diese Fähigkeit aufgehoben wurde!

Aehnliche Bewandniß hat es mit dem Falle, wenn der Vater seine Tochter zwingt, sich Preis zu geben[34]). Als Beweisstelle dafür wird gewöhnlich nur c. 12 C. de episc.

---

grundes ihm die Rechte der väterlichen Gewalt erhalten seien; wovon im Reskripte aber kein Wort steht.

33) fr. 2 De ritu nuptiarum 23, 2 Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes: id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt. Vergl. pr. I de nuptiis 1, 10.

33a) Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. Leipzig 1823. 8. S. 66.

34) Auch dieß wird allgemein als eine Handlung des Vaters angesehn, wodurch dessen väterliche Gewalt von Rechtswegen erlischt: *Cuiacius* Comm. in Cod. lib. XI tit. 41 c. 6 in Opp. priora T. II p. 202; *Perez* Praelect. in lib. XI Cod. tit. 40 §. 6 Zachariä; Institutionen S. 143; Höpfner a. a. O. §. 159 № 1; Thibaut §. 494 Note k; Konopak §. 154 Note q; Günther §. 485 Note d; Mackeldey §. 563 Note b; Wening Bd. III §. 402 Note m; Seuffert §. 480 Note 4; Walett §. 873 Note 33; Lang §. 381 № 4; Hartitzsch S. 191 in ihren Lehrbüchern; Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I §. 224 a. E. Schweppe Privatrecht §. 669.

auch. I, 4 [35]) citirt; allein da diese Stelle Nichts als ein unvollständiger Auszug aus der c. 6 C. de spectaculis 11, 40 [36]) ist, so dürfen wir nur bei der Erklärung dieser const. 6 [37]) verweilen. Diese aber giebt den Töchtern nur das Recht bei solchen Handlungen des Vaters sich an den geistlichen oder weltlichen Richter zu wenden (si velint), und alsdann wird der Vater mit dem Exil bestraft, und in die Metallgruben des Staats verurtheilt. Durch diese capitis diminutio mußte er auch seine väterliche Gewalt verlieren [38]), was denn noch

---

35) Si lenones patres domini suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imposuerint, liceat filiabus et ancillis Episcoporum implorato suffragio, omni miseriarum necessitate absolvi.

36) Konopak, Wening, Zimmern und Warnkönig a. a. O. citiren auch diese Stelle.

37) Ihre Worte lauten so: Lenones patres et dominos, qui suis filiabus, vel ancillis peccandi necessitatem imponunt: nec iure frui dominii, nec tanti criminis patimur libertate gaudere. Igitur tali placet eos indignatio subduci, ne potestatis iure frui valeant, neve quid eis ita possit adquiri: sed ancillis, filiabusque, si velint, conductisve pro paupertate personis, quas sors damnavit humilior, Episcoporum liceat, iudicum etiam defensorumque implorato suffragio, omni miseriarum necessitate absolvi: ita ut si insistendum eis lenones esse crediderint, vel peccandi ingerant necessitatem invitis, amittant non solum eam quam habuerint potestatem, sed proscripti, poenae mancipentur exilii, metallis addicendi publicis: quae minor poena est, quam si praecepto lenonis cogatur quispiam coitionis sordes ferre, quas nolit.

38) §. 3 I. quib. mod. ius pot. 1, 12 Poenae servus effectus, filios in potestate habere desinit. Servi autem poenae efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subiiciuntur. Vergl. noch Novelle 14.

namentlich in der Verordnung bemerkt wird. Unmittelbar, ipso iure, also geht die väterliche Gewalt nicht durch diese Handlung des Vaters verloren, sondern erst auf die erhobene Beschwerde der Tochter durch den von der väterlichen Gewalt befreienden Ausspruch des Richters [39]).

---

39) *Donellus* Commentarii de iure civili lib. II cap. 26 sagt ganz richtig in dieser Beziehung Notandum in his causis.. filium.. ipso iure non liberari potestate patris,... sed factum patris et emancipationem intervenire debere. Auch führt *Scheltinga* de emancipationibus cap. V §. 6 (in *Fellenberg* Iurispr. antiqua T. II p. 512), der übrigens der unrichtigen Meinung anhängt, die richtigen Verse an:

Si genitor saevus est, prostituatve pudorem
Natae...
Invito solvi poterit genitore potestas.

Siebzehnte Abhandlung.

Ueber die Einwilligung des Adoptivkindes zur Emancipation.

Es ist eine allgemeine Behauptung, daß die Regel, zu jeder Emancipation bedürfe es der Einwilligung des Kindes, bei Adoptivkindern eine Ausnahme erleide [1]). Der Beweis dieser Ausnahme wird eben so allgemein in drei Stellen gefunden,

1) Vergl. *Scheltinga* de emancipationibus cap. V §. 4 in *Fellenberg* Iurisprudentia antiqua T. II. p. 510; Höpfner Commentar §. 159 № 1; Thibaut Pandekten §. 495 Note q; Glück Commentar Bd. II. S. 417; Günther principia §. 488; Mackeldey Lehrbuch §. 565; Schmitt die Lehre von der Adoption §. 34 S. 57 Note*; v. Wening Lehrbuch Bd. III. §. 401. Note o; Dirksen Versuche S. 70. Note 24; Valett Pandekten §. 873 Note 39; Seuffert Pandekten §. 481 Note 6; Hartitzsch Römisches Civilrecht S. 192; Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I §. 179 Note 17[a], §. 222. Note 16; Schweppe Rechtsgeschichte §. 385; Desselben Römisches Privatrecht Vierte von Mejer besorgte Ausgabe §. 671; Schrader in seiner Ausgabe des Corpus iuris zum §. 3 I. de adopt. I, 11.

in §. 3 I. de adopt. 1, 11, in c. 10 pr. C. eod. 8, 48 und in fr. 132 pr. De V. O. 45, 1.

Ehe wir diese angebliche Ausnahme, die in den drei angeführten Stellen ihren Beweis finden soll, betrachten, wollen wir erst die Regel selbst beleuchten.

Am deutlichsten spricht diese Regel des Römischen Rechts Paulus in seinen **Receptae Sententiae II, 25 §. 5** aus mit den Worten: **Filiusfamilias emancipari invitus non cogitur,** also zu einer Zeit, wo die nach Anastasius benannte Emancipation noch unbekannt war, von der wir dasselbe in const. 5 i. f. C. de emancipat. 8, 49 [2]) gesagt finden, ohne daß wir diesen Umstand bei ihr für eine Singularität erklären können. Das Leugnen des Daseins der *ἀποκήρυξις* im Römischen Rechte [3]) spricht für dieselbe durchgreifende Ansicht, und ganz deutlich stellt Justinian selbst noch in einer spätern Verordnung [4]) die Regel auf: solvere ius patriae potestatis invitis filiis non permissum est, so daß wir zu allen Zeiten im Römischen Rechte diese Regel anerkannt [4a]) finden,

---

2) Si tamen ipsae nihilo minus sub gestorum testificatione, vel apud eundem iudicem vel apud alium quemlibet proposito parentum suam etiam voluntatem consonare, vel ante preces oblatas et sacros apices promulgatos, vel postea deposuerint, nisi infantes sint, qui et sine consensu etiam hoc modo sui iuris efficiuntur.

3) c. 6 C. de pat. post. 8, 47. Vergl. Dirksen Versuche S. 62 ... 73.

4) Nov. 89 cap. 11 pr. (Vom Jahre 539).

4a) Zwar glaubt Schelting a de emancipationibus cap. V. §. 3. in *Fellenberg* Iurispr. antiqua T. II p. 509 wegen fr. 21. De R. I. 50, 17. (Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere),

deren vermeintliche Ausnahmen daher einen strengen Beweis fordern[4b]).

Diesen Beweis soll am strengsten die bereits citirte c. 10 pr. C. de adopt. 8, 48 liefern. Nur immer im Allgemeinen wird auf das lange Principium verwiesen. Es können aber daraus keine andern als folgende Sätze gemeint sein: Cum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die, et filius fieri, et extraneus per emancipationem inveniri, quis patiatur iura patris naturalis nexu divino copulata, ludibrio defraudari? Cum in hoc casu et contradicendi filio ex iure veteri detur licentia, et invitus transire ad aliam non cogitur familiam. Justinian kommt in der angeführten Constitution auf diese Betrachtung dadurch, daß er die Bemerkung begründet, Adoptivkinder, wenn sie emancipirt würden, kämen dadurch um ihr civiles Erbrecht gegen die Adoptiv-Eltern sowohl als gegen die natürlichen Eltern[5]). Diese Emancipation wäre ja aber sehr leicht, da die Adoption an demselben Tage, an welchem sie ge-

---

daß ehemals ganz unbeschränkt den Vätern das Recht der Emancipation zugestanden habe; allein diese allgemeine Regel Ulpians kann gewiß die im Texte angeführten Worte des Paulus nicht aufheben.

4[b]) Schon dieser Umstand, auf welchen Gans Scholien zum Gajus S. 219 aufmerksam macht, daß die Emancipation Nichts als eine umgekehrte Arrogation sey, bei welcher ja doch der Consens des zu Arrogirenden nothwendig war, möchte, verbunden mit dem bekannten Satze der Römer: quibuscunque modis obligamur, hisdem in contrarium actis liberamur, auf die Unrichtigkeit der postulirten Ausnahme hinführen.

5) §. 14 I. de hered. quae. 3, 1. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant; et adoptione facile per emancipationem

schehen, wieder aufgehoben werden könnte[6]). Allein daß zur Aufhebung dieser Adoption der Consens des Adoptivsohnes nicht erforderlich sey, wird ja durchaus nicht gesagt, und es konnte ja eben so gut der Adoptivsohn augenblicklich die Aufhebung der neuen Gewalt wünschen, als der Adoptivvater. Die Exclamation aber von Justinian: quis patiatur u. s. w. ist eine hier gar nicht passende, wenn man auch nach der gewöhnlichen Ansicht iura patris naturalis durch Rechte gegen den natürlichen Vater erklären will. Denn prätorische Erbrechte gegen seinen natürlichen Vater gewann ja das Adoptivkind gerade durch die Emancipation von Seiten des Adoptivvaters[7]). Die Worte Cum in hoc casu . . . licentia sollen nun nach der gewöhnlichen Meinung sagen: in diesem Falle, wenn ein leiblicher Vater emancipiren will, kann der Sohn widersprechen. Und hieraus folgert dann die gewöhnliche Meinung durch ein argumentum a contrario, daß, wenn ein Adoptivvater emancipiren will, der Sohn nicht widersprechen kann. Allein wie mißlich es mit den Beweisen durch ein argumentum a contrario steht, ist anerkannt, und sodann kann das Angegebene auch gar nicht der Inhalt der eben genannten Worte sein, wie dieß aus dem unmittelbar folgenden Zusatze

---

soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes constitutionem scripsimus. Vergl. Schmitt Die Lehre von der Adoption §. 48 S. 83 ff.

6) Wiewohl eine Adoption auf eine Zeit unerlaubt war. Nec enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere fr. 34. De adopt. 1, 7. Vergl. oben Abhandlung № 15 Note 14.

7) Schmitt die Lehre von der Adoption §. 47.

7[a]) Vergl. z. B. Schrader a. a. O.

(et invitus transire ad aliam non cogitur familiam) hervorgeht. Dieser Zusatz spricht ja doch auf das Deutlichste dafür, daß hier Justinian von einer in adoptionem datio, von dem Uebergange in eine neue Familie reden will, und daher ist der Sinn dieser Stelle kein anderer als folgender: die Rechte, welche die Adoption gewährt, sind so schwach, die Rechte hingegen, welche Kinder gegen ihre leibliche Eltern haben, so stark, daß eigentlich die Kinder sehr schlecht daran sind, die Statt des natürlichen Vaters einen Adoptivvater erhalten [8]; daher hat auch das alte Recht sehr weise daran gethan, den Grundsatz aufzustellen, daß Kinder [9], im Falle daß ihre Eltern sie in Adoption geben wollen, in hoc casu, dieser Handlung widersprechen dürfen, und daher eben so wenig gezwungen werden dürfen, als selbst zwingen können, die Gewalt aufzuheben [10]. Somit wäre die Hauptstelle unserer Gegner entkräftet, und die übrigen bieten schon weit weniger Schwierigkeiten dar.

Der §. 3 I. de adopt. 1, 11 [11]) spricht vom impubes arrogatus. Bei der Arrogation eines Unmündigen gelten

---

8) Tertullian (adversus nationes lib. I. cap. 16) stellt das Aussetzen der Kinder dem Hingeben derselben in Adoption insofern ziemlich gleich, weil die rechten Eltern sich nun um ihre Kinder gar nicht weiter bekümmern. J. Gothofredus zur c. 1. Th. C. de expositis 5, 7 am Ende.

9) Es heißt hier: filio, ganz allgemein.

10) Dieß Letztere wird ausdrücklich zweimal, sowohl von leiblichen als von Adoptivkindern, gesagt §. 9 I. quib. mod. ius pot. 1, 12 und fr. 31 De adopt. 1, 7.

11) . . . Item non alias emancipare eum potest adrogator, nisi, causa cognita, dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei

aber so singuläre Grundsätze, alle den Vortheil des Unmündigen bezweckend [12]), daß man hier gewiß sein kann, die Regel zu finden: invito filio non permissum est, patriam potestatem solvere. Und allerdings wird diese Regel hier auch unleugbar vorausgesetzt, indem die Uebereinstimmung zwischen Vater und Sohn nicht einmal genügen soll, den Adoptivvater von jeder Verantwortlichkeit frei zu machen, sondern wenn er den arrogirten Sohn ohne genügenden Grund, sine iusta causa, emancipirt hat, so muß er demselben noch den vierten Theil seines Vermögens hinterlassen. In diesen Worten sine iusta causa liegt aber nicht, was die Gegner annehmen, daß hier der Vater das Recht habe, bloß nach seinem Willen wider Willen des Sohnes ihn zu entlassen, sondern die Worte: sine iusta causa müssen den Sinn haben: wenn der Vater das junge, unerfahrene, arrogirte Kind zu dessen Schaden überredet hat, in die Emancipation einzustimmen, so soll der pater arrogator davon keinen Vortheil haben. Daher stellt auch der hier in Rede stehende §. 3 den Grundsatz auf, daß eine causae cognitio entscheiden solle, ob der arrogatus der Emancipation würdig sey oder nicht, sowohl in dem Falle, wenn er selbst auf Emancipation dringt [13]), als in dem Falle,

---

reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine iusta causa eum emancipaverit: iubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet praeter bona, quae ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea adquisivit.

12) Vergl. z. B. die Darstellungen von Mackeldey a. a. O. §. 549 № 4; von Schmitt a. a. O. §. 30. S. 49 ff.

13) fr. 32 pr. fr. 33. De adopt. 1, 7. Vergl. *Cuiacii* Recitt. in lib. 31 quaest. Papin. zu fr. 32. De adopt. in Opp. post. T. I. p. 816, wo er die übrigen Fälle, in denen der Vater zur Aufhebung der patria potestas gezwungen werden kann, gleichfalls aufzählt.

wenn nur der Adoptivvater darauf dringt [13a]). Diese zweite Stelle ist daher für unsere Frage von keiner Bedeutung, und wenn sie, was aber durchaus nicht der Fall ist, für die Ansicht unserer Gegner spräche, so würde sie doch immer nur für den impubes arrogatus gelten.

Die dritte und letzte Stelle endlich, welche hier gewöhnlich citirt wird, ist fr. 132 pr. De V. O. 45, 1 [14]). Der Inhalt dieser Stelle ist nach der gewöhnlichen Ansicht der, daß

13a) z. B. wie Theophilus zu dieser Institutionenstelle sagt, wenn der Sohn dem Adoptivvater nachstellt, oder sonst Etwas verübt, weshalb er mit Recht aus der väterlichen Gewalt gestoßen werden kann.

14) Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniae quantitatem, si eum aliter quam ut filium observasset. Quaero, si .... filium suum quis legitime in adoptionem dederit, et ita ut supra scriptum est, stipulatio intercesserit, eumque pater adoptivus exheredaverit vel emancipaverit: an stipulatio committatur. Respondi, stipulatio utilis est; ... igitur si contra conventionem factum sit, committetur stipulatio. Sed videamus (primum), in eo qui legitime adoptavit, an possit committi, si eum exheredaverit, vel emancipaverit? haec enim pater circa filium solet facere: igitur non aliter eum, quam ut filium observavit. Ergo exheredatus de inofficioso agat. Quid ergo dicemus, si et meruit exheredari? Emancipatus plane et hoc remedio carebit. Quare sic debuit interponi stipulatio, ut, si eum exheredasset vel emancipasset, certum quid promitteret. Quo tamen casu, commissa stipulatione, potest quaeri, an exheredato permittendum esset dicere de inofficioso, maxime si patri naturali heres exstitisset, an victo deneganda est ex stipulatu actio? Sed si ei, qui stipulatus est, non debuit denegari: victo filio, nec ipsi deneganda erit debitae pecuniae executio. Daß das Kolon vor victo wegzulassen sey, ist die Behauptung von *Cuiacius* zu dieser Stelle. *Schulting* Notae ad Digesta ed. Smallenburg. T. VII p. 46 stimmt ihm mit Recht bei.

»zuweilen der leibliche Vater, der seinen Sohn adoptiren ließ, »durch eine Stipulation sich vorsah, worin der Adoptivvater »sich zu einer gewissen Summe Geldes auf den Fall verbind»lich machen mußte, wenn er das angenommene Kind ohne »Ursache emancipiren würde[15])«. Allein in dieser Stelle ist von Emancipation wider Willen des Sohnes gar nicht die Rede, sondern im Gegentheil konnte es ja gerade hier der in Adoption gegebene Sohn darauf anlegen, daß er emancipirt und damit die eingegangene Stipulation zu Gunsten seines natürlichen Vaters verwirkt würde. Somit spricht denn auch diese Stelle es nicht aus, daß ein Adoptivsohn wider seinen Willen emancipirt werden darf[16]). Im Gegentheil enthält sie vielmehr eine gänzliche Gleichstellung in der Behandlung des natürlichen und des Adoptivsohnes, so daß sie noch dazu dient die Regel zu bestätigen, welche das vorjustinianeische und das justinianeische Recht ganz gleichmäßig dahin aufstellt, daß kein Kind, es sey ein natürliches, oder ein Adoptivkind, wider seinen Willen emancipirt werden dürfe[17]).

Diese ganze mit Unrecht postulirte Ausnahme ist endlich durch die Einführung der sogenannten adoptio minus plena[18])

---

15) Dieß sind die Worte Glücks a. a. O. Note 48.

16) Auch *Cuiacius* Recitt. in lib. 15 quaest. Pauli in Opp. post. T. II p. 1172 bemerkt bei der Erklärung dieser Stelle: nemo invitus emancipatur.

17) Eine Ausnahme für den infans, bei dem überhaupt kein Widerspruch denkbar ist, setzte Anastas in seiner neu eingeführten Emancipation (S. Note 2) fest, und auch er gedenkt bei dieser Gelegenheit keiner Ausnahme in Beziehung auf ein Adoptivkind.

18) c. 10 C. de adopt. 8, 48.

fast ganz unpraktisch geworden. Diese Art der Adoption sollte eigentlich in einem Systeme des Justinianeischen oder des heutigen Römischen Rechtes gar nicht im Familienrechte bei der Entstehung der väterlichen Gewalt [19]), sondern bei den Entstehungsgründen des Intestaterbrechtes abgehandelt werden. Ueberhaupt ist durch die Einführung dieses Unterschiedes der **Adoptio in plena** und **minus plena** die Adoption im engern Sinne, welche bis auf Justinian in ihren Voraussetzungen und Wirkungen mit der Arrogation so ziemlich Hand in Hand ging, dieser sehr entfremdet, und der Legitimation bedeutend näher gerückt worden. Diese Aehnlichkeit mit der Legitimation zeigt sich darin, daß Justinian jetzt bei der Adoption im engern Sinne außer der civilen Handlung, welche ehemals allein zur Entstehung der väterlichen Gewalt genügte, noch so wie bei der Legitimation, eine natürliche Handlung, nemlich die Erzeugung, für nothwendig erklärte. Doch unterscheidet sich die Adoption im engern Sinne in ihren Voraussetzungen von der Legitimation noch darin, daß bei jener der Regel nach eine mittelbare, bei dieser stets eine unmittelbare Zeugung, und bei jener ein eheliches, bei dieser ein im Concubinate erzeugtes Kind verlangt wurde [20]).

Ein plene adoptirtes Kind mußte daher fast immer auch ein natürliches Kind sein, und schon aus diesem Grunde mußte man seinen Consens bei etwa vorkommender Emancipation für nothwendig erklären.

---

19) Dieß ist auch die Ansicht von Schweppe Römisches Privatrecht herausgegeben von Mejer §. 662.

20) Unrichtig scheint folgende Behauptung Schweppe's a. a. O.

Da nun, wie gezeigt ist, ganz ohne Ausnahme die Regel gilt, daß jedes Kind zur Emancipation seine Einwilligung geben muß, so scheint es nothwendig, diese Regel auch auf legitimirte Kinder Anwendung finden zu lassen, wiewohl die Quellen darüber schweigen.

---

§. 664 »Die Legitimation setzt ein eigenes uneheliches Kind, die Adoption aber nothwendig eine fremde Person voraus.«

Achtzehnte Abhandlung.

Ist bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe die Einwilligung der Kinder nothwendig.

Die hier in der Ueberschrift bezeichnete Frage kann nach Römischem Rechte allein nur ohne allen Widerstreit bejaht werden [1]). Denn theils galt zur Zeit der classischen Juristen der Grundsatz: inviti filii naturales non rediguntur in patriam potestatem [2]), ein Grundsatz, den Justinian in seine Digesten aufnahm, theils sagt Justinian in specieller Beziehung auf unsere Frage in Novelle 89 Cap. 11 pr. ganz ausdrücklich: sub potestatem redigere invitum filium et nolentem, sive per oblationem ad curiam, sive per instrumentorum celebrationem, sive per aliam quamlibet

1) So z. B. von *Donellus* Comm. II, 21, von *Gonzalez Tellez* Commentaria Decretalium zum cap. 1. X. qui filii sint legitimi 4, 17. T. IV p. 224 §. 4.

2) fr. 11 De his qui sui. 1, 6. Es ist dieß eine Stelle von Modestinus.

machinationem, tanquam sortem metuentem paternam, iustum non est, neque imperii et legislatoris ponimus proprium [3]).

Aber es fehlt nicht an Juristen, welche nach heutigem Rechte wegen des Einflusses der päpstlichen Gesetzgebung diese Frage verneinen [4]), eine Behauptung, deren Unhaltbarkeit im Folgenden nachzuweisen versucht ist.

Wir finden die Gegner mit zweien Gründen ausgerüstet. Das canonische Recht soll einmal die Legitimation der unehelichen Kinder, die bei den Römern nur als Wohlthat für den Vater gegolten, insofern dieser die väterliche Gewalt dadurch erwarb, mehr als eine Wohlthat für die Kinder ansehen, indem sie dadurch den ehelichen Kindern gleichgestellt werden [5]). Dieser postulirte Grundsatz ist aber nicht zu vertheidigen. Denn gegen die Ansicht — das Römische Recht sey von dem Prinzipe ausgegangen, die Legitimation enthalte eine Wohlthat für den Vater — liegt der Einwand sehr nahe, woher es denn komme, daß das Römische Recht dem Vater nicht eine gleiche Wohlthat in Beziehung auf alle seine Kinder hätte zu Theil werden lassen? Eine Frage, welche eben so wenig durch die Annahme beantwortet wird, das Römische Recht habe in der Legitimation eine Wohlthat für die Kinder ge-

---

3) Vergl. unten Note 14 den §. 1 desselben Capitels.

4) *Gonzalez Tellez* a. a. O. p. 229; *Strauch* Diss. IV ad ius Iustin. §. 13 p. 44 Ienae 1666. 4; Glück Commentar Bd. II S. 298, 299; Mackeldey Lehrbuch §. 555; v. Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 172.

5) *Gonzalez Tellez*, Mackeldey a. a. O.

sehen, wie Dieß bei der Einführung der per testamentum legitimatio durch Justinian ganz offenbar der Fall ist [6]).

Aber ein ganz anderes Streben der Römischen Kaiser war es, welches die Legitimation ins Leben rief, und sie auf Concubinen-Kinder beschränkte. Constantin, der Schöpfer der Legitimation und der erste christliche Kaiser der Römer, konnte den Concubinat unmöglich mit den Grundsätzen des Christenthums für vereinbar halten. Derselbe war aber zu sehr von dem damaligen Zeitgeiste begünstigt, als daß Constantin hätte wagen sollen, ihn direkt aufzuheben. Er beschränkte sich daher darauf, ihn wo möglich seltener zu machen. Diese christliche Tendenz, und keine andere, schwebte aber auch den Päpsten vor [7]), und daß sie nicht bloß Concubinen-Kinder zu legitimiren erlaubten, rührt wohl nur daher, daß die Päpste den Ausdruck naturales liberi im Römischen Rechte mißverstanden, und ihn auf alle Arten von unehelichen Kindern bezogen [8]).

Gesetzt aber, wir wollten auch den Gegnern es einräumen, daß der canonischen Gesetzgebung als Zweck der Legitimation die Beglückung der Kinder vorschwebte, so würde doch auch hieraus die Nothwendigkeit des Consenses der zu legitimirenden

---

6) Vergl. Marezoll in seiner und Linde's Zeitschrift Bd. I S. 81 ff.

7) c. 6 C. 32 qu. 2; c. 1. X. 5, 16 de adulteriis. *I. H. Boehmer* Ius eccl. Prot. lib. III tit. 2 §. 13 ff. *Gonzalez Tellez* a. a. O.

8) Auch den Päpsten gelang es nicht, den Concubinat ganz zu vernichten. Erst die Kaiser vernichteten ihn durch das Reichsgesetz von 1548 tit. 25 und das von 1577 tit. 26. Vergl. *I. H. Boehmer* Institutiones iuris canonici lib. III tit. 2 §. 3; und Feuerbach peinliches Recht §. 460.

Kinder hervorgehen. Denn es ist allgemein anerkannter Grundsatz: invito beneficium non datur.

Der zweite Grundsatz, welchen einige Neuere aufstellen, um die Einwilligung der zu legitimirenden Kinder bei der Legitimation durch die nachfolgende Ehe jetzt für überflüßig zu erklären, wird so ausgedrückt: die Kinder können durch ihren Widerspruch die Ehe ihrer Eltern selbst, folglich auch die damit gesetzlich verknüpften Wirkungen nicht hintertreiben [9]).

Den Beweis dieses Grundsatzes sollen vorzüglich [10]) die Worte Alexanders des Dritten: Tanta est vis matrimonii, ut, qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur [11]), enthalten. Aber die Inter-

9) So *Gonzalez Tellez*, *Strauch*, Glück, Hartitzsch a. a. O.

10) Als Argument wird auch von *Gonzalez Tellez* a. a. O. p. 229 auf fr. 30 §. 10 De fideic. lib. 40, 5 verwiesen: sed et si suus heres se abstinuerit, libertati fideicommissae per SCtum subventum est; tametsi non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se. *Gonzalez Tellez* hat aber hiebei nicht berücksichtigt, daß der Prätor in einem solchen Falle auch den suus trotz Dem, daß er noch nach Civilrecht als Erbe galt, von allen Lasten und Nachtheilen, welche die Erbschaft mit sich führte, frei erhielt; oder was wahrscheinlicher ist (Vergl. unten Note 17), Gonzalez Tellez glaubt, daß jetzt mit der väterlichen Gewalt für den ihr Unterworfenen gar keine Nachtheile mehr verknüpft sind. Vergl. aber das Ende dieser Abhandlung.

11) Die vollständigen Worte dieser Dekretale lauten in cap. 6 X. qui filii sint legitimi 4, 17 also: Tanta est vis matrimonii, ut, qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit; licet post mortem uxoris eandem duxerit; nihilominus spurius erit, et ab hereditate repellendus; praesertim si in mortem prioris uxoris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus.

preten vergessen, daß habeantur hier ganz unstreitig durch haberi possint paraphrasirt werden muß. Denn die Kraft der Ehe ist allerdings so groß, daß sie unter gewissen Bedingungen, von denen einige, aber nicht alle der Papst in den folgenden Worten hervorhebt, außereheliche Kinder in eheliche verwandeln kann.

Wenn nun anzunehmen ist, daß die Päpste gar nicht *eine* Aenderung des Römischen Rechts in Betreff der Legitimation beabsichtigt haben[12]), so müssen wir auch hier in der Dekretale, um der Ehe eine solche Bedeutung geben zu können, den Consens der Kinder suppliren. Auch cap. 1. X. qui filii sint legitimi 4, 17[13]) sagt weiter Nichts, als Kinder, deren Eltern einmal eine giltige Ehe eingegangen sind, müssen für legitime und für befugt angesehen werden, einen Erbtheil aus dem väterlichen Vermögen zu verlangen. Um dieses Erbrecht und

---

12) Gonzalez Tellez behauptet, das Römische Recht habe die Legitimation von dem Willen der Eltern und Kinder, das canonische Recht von der Ehe abhängen lassen. Allein dieser schroffe Gegensatz ist gar nicht vorhanden. Denn auch im Römischen Rechte wird nicht soviel auf den speciellen Consens der Eltern und Kinder zur Legitimation, als auf die Eingebung einer bestimmten förmlichen Ehe gesehn, z. B. in §. 13 I. de nuptiis 1, 10 dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur sc. a muliere libera procredatus.

13) Conquestus est nobis Herbertus, quod, cum quandam mulierem in uxorem acceperit, R. ipsam exheredare conatur, eo, quod ante desponsationem matris suae nata fuerit: licet postea pater mulieris praefatae matrem ipsius acceperit in uxorem. Ideoque mandamus, quatenus, si est ita, eam legitimam iudicetis, praedicto R. inhibentes, ne dictae mulieri hac occasione super hereditate paterna molestiam inferat, vel gravamen. Si autem contra hoc venire praesumpserit, eum severitate ecclesiastica percellatis.

Befreiung von der Makel ihrer Geburt zu erlangen, ist auch der Consens der Kinder gar nicht nothwendig. Denn der Vater unterzieht sich ja durch seine Ehe allen väterlichen Pflichten gegen die legitimirten Kinder, also namentlich im Falle einer Testaments-Errichtung sie zu Notherben einzusetzen.

Wollen nun aber diese Kinder den Mann ihrer Mutter zu irgend einer Zeit [14]) für ihren iustus und legitimus pater ansehen, nur noch bei dessen Lebzeiten, so gelten sie als seiner Gewalt unterworfene Kinder, und müssen bei seinem Tode auch die Rechte der sui haben. Haben sie aber auch diese Willenserklärung verabsäumt, und erklären erst nach dem Tode des Vaters ihren Consens zur Legitimation, so müssen ihnen auch jetzt noch gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern, aber wohl nur mit den emancipirten, eingeräumt werden. Verharren sie aber in ihrer Weigerung gegen die Legitimation, so können sie durchaus nur die Quote der Concubinen-Kinder in Anspruch nehmen, selbst im Falle, daß sie in einem vorhandenen Testamente auf eine größere Quote instituirt wären [15]).

Sind die Kinder zur Zeit der Ehe ihrer Mutter, was meistens der Fall sein wird, noch unmündig, so behauptet Jordens [16]) wohl ganz mit Recht, daß solche Kinder gar nicht durften legitimirt werden, weil sie auch in dieser Bezie-

---

14) Denn sie sind nirgends an eine Zeit gebunden. Novelle 89 Cap. 11 §. 1. Si vero plurimis existentibus filiis alii eligant, alii respuant; hi qui volunt legitimi fieri, fiant, aliis in iure naturali manentibus, wodurch also die in c. 5 und 6 C. de nat. lib. 5, 27 enthaltenen hierauf gehenden Bestimmungen aufgehoben sind.

15) Im Falle nemlich, daß der Vater außerdem eheliche Kinder hinterläßt.

16) De legitimatione Diss. II cap. 1 §. 6 in *Fellenberg* Iurisprudentia antiqua T. II p. 405.

hung weder volentes noch inviti genannt werden könnten. Denn die Mutter kann natürlich nicht giltig im Namen der Kinder consentiren; und der Vormund wird meistens besser daran thun, die Einwilligung zum Uebergange in die väterliche Gewalt zu versagen, weil seine Mündel dadurch keine neuen Vortheile erwerben. Im Gegentheile können folgende nicht unbedeutende Nachtheile für die legitimirten Kinder daraus hervorgehen. Der legitimirende Vater kann nemlich den Söhnen eine bestimmte Lebensart, den Töchtern einen Mann wider ihren Willen aufdringen, von beiden Kindern Dienstleistungen verlangen, ihr etwa vorhandenes Vermögen, als Adventitien, zu seinem Vortheile benutzen[17]), und einen beliebigen Vormund im Testamente ihnen bestellen.

17) Darnach zeigt sich allerdings die Behauptung von Gonzalez Tellez a. a. O. S. 229 als trügerisch, daß in der Legitimation eine solche Ehre und ein so großer Vortheil für die zu legitimirenden Kinder liegen soll, daß daneben die Nachtheile, welche aus der väterlichen Gewalt für die Kinder resultiren, gar nicht in Betracht kämen.

Neunzehnte Abhandlung.

Beitrag zu der Lehre von der Veräußerung der Güter Minderjähriger (zur Erklärung der c. 3 C. si maior factus. 5, 74).

Von der größten Bedeutung für die Lehre von der Veräußerung der Güter minderjähriger Personen ist die in der Ueberschrift bezeichnete Verordnung Justinians, deren Wichtigkeit auch in der neuesten Zeit mehr als einmal zur Sprache gebracht ist. Troß Dem aber haben sich die neuesten Rechtslehrer über deren Erklärung nicht vereinigen können. Denn bald wird 1) das Gesetz auf Minderjährige im engern Sinne beschränkt [1]), bald auch auf Pupillen ausgedehnt [2]); bald wird

1) Wening Lehrbuch B. III. §. 123. Note g; Thibaut Ueber Besitz und Verjährung §. 65; Daniels de usucapione et praescr. adversus pupillos atque minores Bonnae 1827. 8. p. 61.

2) Günther principia §. 525. Note t; Mackelbey §. 601 a. E.;

2) darauf gesehen, ob der Pflegbefohlene bei der Veräußerung mitgewirkt, und daher Kenntniß von der Veräußerung gehabt habe[3]), bald wird es für hinreichend gehalten, wenn auch der Vormund nur allein gehandelt hat, ohne daß der Mündel die Veräußerung erfahren[4]); bald wird 3) das Gesetz einzig auf die Nichtigkeit beschränkt, welche aus dem Mangel eines gerichtlichen Dekrets hervorgeht[5]), bald auf jede Nichtigkeit ausgedehnt[6]); bald endlich 4) wird das Gesetz, wo es von der Rückforderung der Schenkungen handelt, auf verschenkte Grundstücke beschränkt[7]), bald auch zugleich dieser Inhalt des Gesetzes ganz unverändert auf verschenkte Mobilien angewendet[8]).

Ein neuer Versuch, dieß Gesetz[8a]) auszulegen, scheint daher nicht ganz überflüßig zu sein.

Valett Pandekten §. 908, Note 34; Seuffert Pandekten §. 505. Note 24; Hartitzsch Römisches Privatrecht S. 226; Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I. S. 391. §. 245; Göschen Grundriß zu Pandektenvorlesungen S. 377. Note 19.

3) Thibaut a. a. O.; Wening a. a. O.; Daniels a. a. O. p. 62.

4) Unterholzner gesammte Verjährung Bd. II. S. 43. Lang Lehrbuch der Institutionen §. 406; Schweppe Röm. Privatrecht. §. 762.

5) *Walch* Introductio in controversias iuris civilis Sect. I. cap. 2 membr. 3. §. 21; Unterholzner, Mackeldey, Daniels, Zimmern, Göschen, a. a. O.; Hugo Siebentes heutiges Römisches Recht S. 146. Z. 15. ff.

6) Thibaut Pandekten §. 525; Hugo und Hartitzsch a. a. O.

7) Lang Lehrbuch a. a. O.

8) Hugo a. a. O. Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürgl. Rechts Th. I. № 10 und nach ihm Glück Commentar Bd. 33. S. 94; Mackeldey a. a. O. und wohl alle Neuern.

8a) Als Vorläuferin dieses Gesetzes ist die in der Wenckschen Ausgabe

Allgemein und mit vollem Rechte wird diese Verordnung Justinians als eine sog. lex nova angesehen, und daher ist wohl nur eine strikte Interpretation bei diesem Gesetze anzuwenden. Diese aber verlangt, daß man die ganze Verordnung nur auf minores im engern Sinne, d. h. minores puberes, beziehe. Dieß wird theils dadurch ersichtlich, daß überall nur minores genannt werden, theils dadurch, daß gerade im Eingange der Stelle die minores so umschrieben werden: vel adhuc sub curatoribus constituti, vel per veniam aetatis eorum curam excedentes [9]). Diese letztern müssen ja sogar bereits die sog. plena pubertas erreicht haben, und achtzehn oder resp. zwanzig Jahre alt geworden sein, um die aetatis venia erlangt zu haben. Auch im Verlaufe der Constitution ist noch einmal von einem minor post veniam aetatis die Rede, und daher wohl die Ansicht von Unterholzner [10]), der hier von den Veräußerungen durch einen tutor eben so spricht, als von den Veräußerungen durch einen curator, zu verwerfen. Vollkommen Recht aber hat Unterholzner [11]), daß er den Worten in unserer Stelle is, qui eam fecit, eine so weite Bedeutung giebt, daß sie nicht bloß den zunächst in die Augen springenden Fall, wenn der Minderjährige selbst,

---

des Theodosischen Codex lib. IV. tit. 21. zuerst stehende Constitution zu betrachten.

9) Glück a. a. O. S. 78 fügt noch den Grund hinzu, daß von der Veräußerung der Pupillengüter schon die vorhergehende Constitution des Kaisers Gordian handele, welche Justinian keineswegs habe aufheben wollen.

10) Gesammte Verjährungslehre Bd. II. S. 43.

11) a. a. O. Ihm stimmt Glück a. a. O. S. 84 bei.

versteht sich mit Zustimmung des Curators [12]), veräußert, in sich begreift, sondern auch den, wenn der Curator ohne das nöthige Dekret zu erbitten, die Veräußerung vorgenommen hat. Hierin liegt in der That keine ausdehnende Erklärung, sondern das Gesetz wird nur in seiner vollen Wortbedeutung aufgefaßt. Denn warum sollte, sagt Unterholzner, nicht eine vom Curator im Namen des Minderjährigen vorgenommene Veräußerung füglich eine von dem Minderjährigen vorgenommene genannt werden könne, vorzüglich da der Eingang der Stelle es für gleichgiltig erklärt, von wem die Veräußerung geschehen ist. Daß ferner die Verordnung einzig nur die Nichtigkeit vor Augen hat, welche aus dem Mangel eines gerichtlichen Dekrets hervorgeht, tritt ganz deutlich gleich in den Anfangsworten: si quando sine decreto hervor, so wie aus der spätern Erwähnung, daß die Veräußerung nicht occasione praetermissionis decreti widerrufen werden, und der Erwerber sie, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata, behalten könne, und es stimmen in dieser Beziehung auch die neuesten Erklärer unserer Stelle überein [13]). Daher kann sie nicht auf Veräußerungen bezogen werden, deren Nichtigkeit dadurch nicht gehoben würde, daß ein gerichtliches Dekret hinzuträte. Solche Veräußernngen sind aber Schenkungen, die a minoribus nec cum decreto celebrari possunt. Auf diese kann daher das Gesetz nicht gehen, und dieß spricht

---

12) Vergl. Glück a. a. O. S. 82.

13) Bülow a. a. O. S. 225; Unterholzner a. a. O. Glück a. a. O. S. 82. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird auch noch bestätigt durch die beiden griechischen Scholien zu dieser Verordnung, welche Göschen bei Gelegenheit der ersten Ausgabe des ächten Gajus Praef. p. LXXIV mittheilt.

es auch in Beziehung auf verschenkte Immobilien selbst aus. Allein daß eben bei dieser Gelegenheit im Gesetze nur Immobilien genannt sind, hat zu mehreren unbegründeten Einschränkungen Anlaß gegeben.

Man könnte zwar versucht werden wegen des bekannten Senatsschlusses unter Septimius Severus, der nur die Veräußerung von Grundstücken, welche den Minderjährigen gehörten, verbot [14]), diese ganze Verordnung Justinians auf Grundstücke einzuschränken [15]). Allein da bereits durch Constantin alle irgend kostbaren beweglichen Sachen den unbeweglichen in dieser Beziehung gleichgestellt waren [16]), so ist eine Aenderung dieses spätern Rechts, eine Trennung der Rechtsverhältnisse bei kostbaren beweglichen und unbeweglichen Sachen in dieser Beziehung nicht für begründet zu halten, und wird auch nirgends behauptet. Es galt daher ganz gewiß zur Zeit unserer Verordnung folgende Regel. War eine unbewegliche oder bewegliche [17]) Sache, die einem minor gehörte, ohne Dekret

---

14) Vergl. fr. 1 pr. §. 2. De reb. eor. qui sub. tutela 27, 9.

15) Die Verordnung geht auch wirklich bei einem solchen, der venia aetatis erlangt hat, nur auf veräußerte Immobilien, da er nur bei der Veräußerung dieser Sachen, nicht seiner Mobilien an die Zustimmung eines obrigkeitlichen Dekrets gebunden ist c. 3 C. de his, qui veniam. 2, 45.

16) c. 22 C. de administr. tut. 5. 37. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in h. t. und in lib. 5. tit. 71. in Opp. post. T. V. p. 636.

17) Nur von solchen beweglichen Mündelsachen ist hier die Rede, welche ohne Dekret nicht veräußert werden durften, wohin ja die meisten gehörten, Donellus Commentarii V, 23; Zimmern Rechtsgeschichte §. 246. S. 931.

veräußert, so konnte die erlöschende Verjährung sogleich ihren dreißigjährigen Lauf beginnen [18]), hingegen die erwerbende Verjährung derselben, je nachdem der Adquirent auf usucapio sich berufen wollte, sogleich, oder je nachdem Jener auf longi temporis possessio sich berufen wollte, erst im Augenblick der erlangten Volljährigkeit [19]); und zwar bedurfte der Adquirent bei dieser bald zehn bald zwanzig Jahre, gleichviel, ob es bewegliche oder unbewegliche Sachen waren, bei der usucapio aber, je nachdem es eine Mobilie oder eine Immobilie war, ein oder zwei Jahre. Denn unser Gesetz war ja von Justinian im Jahre 529 zu einer Zeit erlassen, da bereits der longi temporis praescriptio die Natur einer erwerbenden Verjährung gegeben [19a]), aber noch nicht die usucapio und longi temporis praescriptio zusammengeschmolzen war, Was erst im Jahre 531 durch c. un. C. de usuc. transf. 7, 31 geschah. Daher dauerte zu der Zeit, da Justinian unsere Verordnung erließ, die erwerbende Verjährung, die longi temporis possessio, für res mobiles und immobiles gleich viel Jahre. Nun wurde von Justinian in dieser const. 3 C. si maior factus 5, 74 [20]) festgestellt, daß, gleichviel ob beweg-

---

18) Denn nur die pupillaris aetas war ihr entzogen c. 3 C. de praescr. triginta. 7, 39.

19) Anders freilich nach der wohl noch mehr zu begründenden Ansicht von Gans Scholien zum Gajus S. 252, wornach in dem Veräußerungsverbote nicht stets ein Usucapionsverbot liegen soll.

19a) c. 8 C. eod.

20) Imp. Iustinianus A. Mennae P. P. Si quando sine decreto minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per veniam aetatis eorum curam excedentium, res alienantur vel supponuntur et ad perfectam aetatem iidem minores provecti, longo silentio

liche oder unbewegliche Sachen veräußert waren, nach dem Ablaufe von fünf Jahren nach erreichter Volljährigkeit dem dreißigjährigen Manne eine quinquennii praescriptio entgegengestellt werden konnte, wenn er die Veräußerung wegen Mangel des Dekrets für ungiltig erklären wollte. Diese quinquennii praescriptio trat eigentlich in die Stelle der triginta annorum praescriptio [21]), indem sie durchaus nicht von Justinian an die Voraussetzungen gebunden ist, welche zur Adquisitiv-Verjährung des Besitzers erforderlich sind, sondern sie ist eine bestärkende Verjährung [22]). Der zum maior gereifte minor verlor durch den Ablauf dieser Zeit gewiß seine Vindikation [23]), hingegen der Besitzer durfte da-

---

querelam huiusmodi tradiderint, ut inutilis alienatio vel suppositio diuturna silentio roboretur, certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse censemus. Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem, id est, post viginti quinque annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione iis, qui eam fecit, vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita. Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium, excepta propter nuptias donatione, transscripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post vigintiquinque annos impletos, inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit; ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit. Dat. Idib. April. Decio V. C. Cons. 529.

21) Vergl. Glück a. a. O. S. 79 a. E.

22) Vergl. Unterholzner a. a. O. Bd. II. §. 162 S. 42.

mals nicht gerade mit Ablauf dieser fünf Jahre immer einen Vortheil erlangen. Er hatte keinen Vortheil durch dieß Gesetz, wenn er auf Usukapion sich berufen konnte, wohl aber einen Vortheil, wenn eine Sache den Gegenstand der Veräußerung gebildet hatte, deren Eigenthum er erst durch longi temporis possessio erwerben konnte [23a]).

So stand die Sache in dem Falle, wenn eine Veräußerung zum Grunde lag, die durch ein hinzugetretenes Dekret vollkommen giltig geworden wäre, also im Fall einer onerosen Veräußerung. Hinsichtlich der Schenkungen wurde, wie gesagt, von Justinian gar nichts geändert, denn der ganze Satz von Cum autem bis zu Ende enthält nur die Erklärung, daß diese Verordnung Justinians sich nicht auf Schenkungen beziehe. Bülow [24]) aber legt auf die in diesem Satze ge-

---

23) Denn sein Rechtsmittel, welches in unserer Constitution querela genannt wird, war weiter nichts als eine qualifizirte Vindikation c. 4. c. 16 C. de praediis et aliis rebus 5, 71. Martin Rechtsgutachten Bd. I. № 4. §. 5. S. 252.

23a) Nach erlassener c. un. C. de usucap. transform. 7, 31 müssen wir ebenfalls sagen: nur bei Mobilien war der Besitzer jetzt stets besser gestellt; hingegen bei Immobilien durfte der Besitzer nicht immer einen Vortheil erlangen. Nur im Falle der absentia war sein Recht schneller unwiderruflich geworden. Im Falle der praesentia konnte er schon vor dem dreißigsten Jahre des Veräußerers durch den Ablauf von zehn Jahren vollkommen gesichert sein. Denn auch im neuesten Justinianeischen Rechte müssen wir die usucapio in den nicht zu veräußern verbotenen Sachen der Minderjährigen schon während der Minderjährigkeit für zulässig erklären.

24) a. a. O. S. 263. Ihm treten Mackeldey Lehrbuch §. 601. Note t. und Glück a. a. O. S. 77 und S. 94, 95 bey.

brauchten Worte rem immobilem zu viel Gewicht, und behauptet daher, daß bei Mobilien ebenfalls eine Zeit von zehn oder zwanzig Jahren nach erlangter Volljährigkeit verfließen müsse, damit der ehemalige Minderjährige sein Rückforderungsrecht verliere. Er stellt diese Ansicht nur aus dem Grunde auf, weil er sonst annehmen zu müssen glaubt, daß die Rückforderung der beweglichen Sachen hier mehr begünstigt sey, als die der unbeweglichen. Allein diese Behauptung müssen wir durchaus für irrig erklären. Das geäußerte Bedenken erledigt sich ganz, wenn man in unserm Gesetze die dispositiva verba von den enuntiativis unterscheidet. Dann sieht man leicht, daß die Disposition des Gesetzes nur bis zu den Worten Cum autem reicht, mit diesen Worten aber nur die Cautel hinzugefügt wird, daß die Worte im Eingange der Constitution res alienantur auf den Fall der lästigen Veräußerung zu beschränken[25]), nicht aber auf den Fall der donatio zu beziehen seyen. Daß aber hiermit, diese Worte nicht als ein neues Gesetz anzusehen, alle früheren Juristen übereinstimmen, geht daraus hervor, daß sie diese Bestimmung des Gesetzes ziemlich mit Stillschweigen übergingen, so daß Marezoll[26]) darauf, als auf etwas Uebersehenes, aufmerksam machte.

Justinian sagt daher nur Folgendes in den letzten Worten: Schenkungen, die ein Minderjähriger vollzieht, mit oder ohne Dekret, sind immer ungiltig; daher bedarf es für den Beschenkten der gewöhnlichen Verjährung, um das geschenkte Gut als

---

25) Daraus, daß in unserm Gesetze der Ausdruck alienare den Begriff der donatio ausschließt, geht mit vieler Wahrscheinlichkeit hervor, daß in der acht Tage ältern c. 3 C. de his, qui veniam 2, 45 der Ausdruck alienatio auch nicht auf eine donatio bezogen werden kann.

26) Archiv für civilistische Praxis Bd. 8. S. 279, 280.

unwiderruflicher Eigenthümer zu besitzen, wozu denn natürlich gehört, daß der Beschenkte nicht gewußt habe, daß es eines Minderjährigen Sache war[26a]). Allein da während der minor aetas die longi temporis praescriptio nicht läuft[27]), so kann dieselbe erst nach erlangter Volljährigkeit[28]) zu laufen anfangen, und von da an, wenn der Besitz ununterbrochen fortdauert für Immobilien binnen zehn oder zwanzig Jahren vollendet sein[28a]). Die Erwähnung der Immobilien hängt mit der bereits erwähnten acht Tage ältern c. 3 C. de his, qui veniam 2, 45[29]) zusammen, und wir müssen die Worte: si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium . . . transscripserit so erklären: wenn

---

26a) *Cuiacii* Recitt. in Cod. lib. 5. tit. 73 in Opp. post. T. V. p. 639.

27) c. 3 C. quibus non obiicitur 7, 35. *Cuiacius* a. a. O. und zu diesem Titel a. a. O. p. 1065.

28) Post viginti quinque annos ist zur Bezeichnung dafür wohl ein etwas leichtsinnig gewählter Ausdruck.

28a) Anders im Falle der blos erlöschenden Verjährung der Klage, wo natürlich dreißig Jahre, nicht vierzig, da das Gesetz nur auf puberes minores geht, verlangt werden.

29) Eos, qui veniam aetatis a principali clementia impetraverunt vel impetraverint, non solum alienationem, sed etiam hypothecam minime posse sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere iubemus, in quarum alienatione vel hypotheca decretum illis necessarium est, qui necdum veniam aetatis meruerunt; ut similis sit in ea parte conditio minorum omnium, sive petita sit, sive non, aetatis venia. Dat. VIII Id. April. Decio V. C. Cons. 529.

ein Minderjähriger irgend eine Sache[30]), oder nach erlangter venia aetatis eine unbewegliche Sache verschenkt hat.

Ganz deutlich geht aus dem letzten Abschnitt unseres Gesetzes hervor, daß bei der Aufnahme desselben in den neuen Constitutionen-Codex[31]) es keine Aenderungen erlitten hat, weil entweder die Compilatoren an die von Justinian im Jahre 531 erlassene c. un. C. de usuc. transform. 7, 31,[31a]) wonach die genannten zehn oder zwanzig Jahre nicht mehr wie früher auf bewegliche und unbewegliche Sachen paßten, hiebei nicht gedacht haben, oder weil die Compilatoren annehmen zu können glaubten, daß weil ausdrücklich Justinian nur rem immobilem genant hätte, die Erwähnung der zehn und zwanzig Jahre vollkommen zulässig sey. Wären aber res mobiles auch genannt gewesen, so hätten die Compilatoren auch die drei-

30) Marezoll a. a. O. (Note 26) behauptet zwar, daß Minderjährige nur unfähig sind, Schenkungen an unbeweglichen Sachen vorzunehmen, während er das Recht, bewegliche Sachen zu verschenken, ihnen unbedingt einräumt. Allein diese Behauptung kann man nicht unterschreiben, da es in unserer Stelle doch ganz allgemein heißt: cum donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, ohne zwischen beweglichen (Note 17) und unbeweglichen Sachen zu unterscheiden.

31) Denn im sog. vetus codex konnte diese Verordnung nicht stehn, da sie erst eine Woche nach der Publikation desselben erlassen wurde.

31a) *Cuiacius* bemerkt zur angeführten Coderstelle in den Opp. priora T. III p. 646, daß die mit der venia aetatis Begünstigten in Beziehung auf die Veräußerung von Immobilien den Minderjährigen ganz gleich stünden, und führt aus Cassiodor's Varia lib. 7 die bei Ertheilung der venia aetatis vorkommende feierliche Formel an, worin die Worte vorkommen: ut alienandis rusticis praediis et urbanis constitutionum servetur auctoritas. Vergl. auch Duarenus in tit. de his qui veniam aetatis in Opera omnia p. 117.

jährige Verjährung erwähnen müssen. Ungeachtet nun dieß aber nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber geschehen ist, so muß der Interpret dennoch diese Lücke des Gesetzes ergänzen, und bei verschenkten Mobilien, wo ihre Veräußerung nicht untersagt ist, unter den angegebenen Voraussetzungen eine drei Jahre dauernde Usukapion für genügend erklären, die bereits vom Augenblicke der geschehenen Tradition zu laufen anfängt.

Aus dem Gesagten geht daher wohl überzeugend hervor, daß folgende so ganz gewöhnliche Darstellung der Sache unhaltbar ist. »Die Richtigkeit hört auf, wenn die Veräußerung vom Minderjährigen nach erlangter Volljährigkeit genehmigt wird, welches stillschweigend auch dadurch geschieht, wenn der Minderjährige, im Fall die Veräußerung eine onerose war, dieselbe binnen 5 Jahren nach erlangter Volljährigkeit, im Fall sie eine Schenkung war, binnen 10 Jahren inter praesentes, oder 20 Jahren inter absentes nicht ansicht [32]).« Zuerst ist es unrichtig, daß in unserm Gesetze die angegebenen Jahre eine stillschweigende Genehmigung enthalten sollen. Denn klagt nach Ablauf der gesetzlichen Zeit der Großjährig gewordene, so wäre es lächerlich ihm die Einrede der stillschweigenden Ratihabition entgegenzusetzen, denn durch Anstellung der Klage hat er ja schon das Gegentheil erklärt [33]).

---

32) Es sind dieß die Worte von Mackeldey a. a. O.; allein der Sache nach ist dieß die gewöhnliche Darstellung z. B. bei Thibaut Pandekten §. 526 № 2, bei Wening Bd. IV §. 123 № 5, bei Seuffert Pandekten §. 505 № 2; bei Valett Pandekten §. 908 № 3. Vergl. dagegen in Beziehung auf Mobilien den Tadel von Kriegel in der Leipz. Lit. Zeitung 1831. № 278 S. 2222.

33) Glück a. a. O. S. 89.

Ein zweiter Tadel trifft aber die erwähnten zehn oder zwanzig Jahre, indem die Vindikation erst nach dreißig Jahren, nach seinem zurückgelegten fünf und funfzigsten Jahre, ihm erlischt[34]. Doch kann die Anstellung dieser Klage durch die schon früher zum Theil vor der Volljährigkeit des Veräußernden vollendete Adquisitivverjährung in drei, zehn oder zwanzig Jahren elidirt, und daher die Anfechtung schon sehr viel früher eine unmögliche werden[35].

---

34) Dieser große Unterschied der Jahre kann nicht auffallen, da bei onerosen Geschäften, wo überdieß der Mündel ja schon einen Ersatz in Händen hat, nur der Mangel der Form ergänzt werden darf, während bei lukrativen Geschäften ein materieller Mangel zu suppliren ist.

35) Donellus Commentarii V, 24.

Zwanzigste Abhandlung.

Wer erzieht einen Pupillen, und wie endigt die Tutel?

Im Falle, daß der Vater bestimmt hat, bei Wem der Unmündige erzogen werden solle, ist Diesem die Erziehung zu überlassen; nur muß der Prätor, wenn ihm die Person für die Moral des Pupillen gefährlich zu sein scheint, von dem Willen des Vaters abweichen [1]), und er kann davon abweichen, jedoch nur mit Zustimmung aller Verwandten des Pupillen, wenn seinem Leben bei jener Person Gefahr droht, z. B. weil

1) fr. 5. Si disceptetur, ubi morari, vel educari pupillum oporteat, causa cognita id Praesidem statuere oportebit. In causae cognitione evitandi sunt, qui pudicitiae impuberis possunt insidiari. D. ubi pup. educari vel morari 27, 2. Nur auf die Gefahr hinsichtlich der Sittlichkeit gehen auch die Worte in fr. 7 De ann. leg. 33, 1. Nec tamen semper voluntas eius aut iussum conservari debet, veluti, si Praetor doctus sit, non expedire pupillum eo morari, ubi

diese sein Pupillarsubstitut ist[2]). Auf diesen Unterschied der Verpflichtung und Berechtigung der Obrigkeit wird nirgends von den Neuern hingewiesen. Allein es stimmt das Höherachten des sittlichen als des physischen Lebens sehr schön mit den auch sonst bekannten Aeußerungen der Römer überein[3]).

Hat der Vater Nichts bestimmt, so kommt vor Allen der Mutter[4]) die Erziehung zu, wenn sie nicht zur zweiten Ehe

---

pater iusserit, propter vitium, quod pater forte ignoravit in eis personis esse, apud quas morari iussit . . . interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci. Daß Wening Lehrbuch B. III §. 406 Note b. das obige fr. 5 dafür anführt, daß der tutor, als solcher, auf keinen Fall verpflichtet ist den Pupillen bei sich selbst aufzunehmen oder zu erziehn, ist sicher kein Compliment für die Sittlichkeit der Vormünder.

2) fr. 1 §. 1 Et solet ex persona, ex conditione, et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit, et nonnunquam a voluntate patris recedit Praetor. Denique cum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educetur, Imperator Severus rescripsit, Praetorem aestimare debere, praesentibus ceteris propinquis liberorum: id enim agere Praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus, et educetur. D. ubi pupillus 27, 2; c. 2 Utrum nepos tunc ex filia apud te, an apud patrum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et qui magis ad suspicionem ex spe successionis proprior sit, aestimabitur C. ubi pup. educari. 5, 49.

3) Z. B. bei Juvenal Satyre VIII Vers 83, 84 Summum crede nefas vitam praeferre pudori, et propter vitam vivendi perdere causas.

4) Häufig wird auch die Großmutter von den Neuern, z. B. von Mackeldey Lehrbuch §. 583 Note h, Thibaut Pandekten §. 520 Note f, (Bei Beiden ist derselbe Druckfehler Novelle 22 Cap. 28 st. Cap. 38.) als vorzüglich Berechtigte genannt; aber daraus, daß sie in Novelle 118 Cap. 5.

geschritten ist [5]. Wird aber der Mutter dieß Recht von den Verwandten des Mündels oder von dessen Vormündern bestritten [6]), so hat der Prätor die Gründe dieses Streites zu untersuchen, und, wenn er gegen die Mutter entscheidet, so ist Der unter ihnen, welchen er dazu bestimmt, gezwungen, den Mündel zu sich zu nehmem [7]). In diesem Falle ist es eigentlich kein Zwang zu nennen, Was der Prätor verfügt, sondern mehr ein Zulassen, weil diese Personen ja aus Liebe gegen den Pupillen denselben nicht bei seiner Mutter lassen, sondern ihn lieber bei sich auferziehen wollen. Nur zwischen den Verwandten und Vormündern hat der Prätor daher die Wahl, wem unter ihnen er die Aufsicht anvertrauen will; denn nur von diesen Personen ist hier die Rede. Daher ist auch der Zwang zur Annahme der Erziehung des Pupillen nicht allge-

---

vorzugsweise, wie die Mutter, zur Tutel berechtigt ist, daraus läßt sich gar nicht das Recht folgern, den Mündel bei sich zu haben und zu erziehn. Vergl. die in Note 2 angeführte c. 2 C. ubi pup. 5, 49 und Glück Commentar Bd. 32 S. 157 Note 27.

5) c. 1 C. eod. Nov. 22. cap. 38; *Warnkönig* Com. iuris T. III p. 168 §. 935.

6) c. 1 C. cit. Educatio pupillorum tuorum nulli magis, quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est. Quando autem inter eam et cognatos et tutores super hoc orta fuerit dubitatio: aditur Praeses provinciae inspecta personarum qualitate et coniunctione, perpendet, ubi puer educari debeat. Sin autem etc.

7) c. 1 C. cit. Sin autem aestimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quod Praeses iusserit.

mein für alle Personen geltend[7a]), sondern nur für die Verwandten und Vormünder des Mündel[8]).

Die Grundsätze endlich, welche den Magistrat bei einer solchen Bestimmung leiten, sind die moralischen Eigenschaften[9]) und die Vermögenslage[10]) der Person, ihre Liebe zum Pupillen, und der Umstand, ob sie zunächst aus dem Tode des Pupillen Vortheil zöge[11]). Der Tutor ist daher zur Erziehung nicht verpflichtet, ja der Prätor wird sogar nicht erlauben, daß der Pupill beim legitimus tutor, wenn derselbe nächster Intestaterbe ist, sich aufhalte[12]).

Am deutlichsten erhält man die Ueberzeugung, daß Erziehung und Tutel nicht nothwendig mit einander verknüpft sein können, wenn man die Beendigungsarten der Tutel betrachtet,

---

7a) Wiewohl Dieß seit Cuiacius Recitt. in Cod. 5, 49 in Opp. post. T. V p. 614 öfters behauptet ist.

8) Vergl. fr. 1 §. 2 D. ubi pup. 27, 2 und Glück a. a. O. S. 161, 162. Ein indirekter Zwang findet auch gegen Diejenigen Statt, welchen der Vater im Testamente die Erziehung übertragen, und aus diesem Grunde sie bedacht hat. fr. 1 §. 3 D. eod.

9) fr. 5 D. eod. und arg. fr. 3 §. 6. De lib. exhib. 43, 30.

10) fr. 1 §. 1 D. ubi pup. 27. 2 „ex conditione." Daß conditio die Vermögenslage bezeichne, wird deutlich durch fr. 2 De term. moto 47, 21 (vergl. fr. 38 §. 9 De poenis 48, 19) bewiesen.

11) Vergl. die Note 2 angeführten Stellen, und *Cuiacius* a. a. O.

12) Daher ist die Behauptung Mackeldey's a. a. O. §. 583, der Tutor könne die Erziehung einem Andern auftragen, wenn der Vater keinen Erzieher bestimmt hat, und die Muter nicht die Erziehung übernehmen will, wohl nicht zu vertheidigen, da diese Befugniß dem Magistrate zukommt. Vergl. *Warnkönig* a. a. O.

indem die Erziehung wohl in fast gar keinem Falle gleichzeitig mit der Tutel über den Mündel aufhört.[12]).

Aufhebungsarten jeder Tutel[13]).

1) Dadurch, daß der Pupill mündig wird.

2) Durch Tod und jede capitis diminutio des Pupillen.

3) Durch Tod und capitis diminutio magna des Tutors[14]), und überhaupt durch den Eintritt einer jeden sog. excusatio necessaria[14a]).

4) Durch die suspecti tutoris remotio.

5) Durch eine excusatio (voluntaria) des Tutors, die von einer bereits übernommenen Vormundschaft befreit[15]).

12[a]) Durch diese Zusammenstellung zeigt sich, daß die Regel von *Cuiacius* Obss. lib. VI cap. 29 a tutela ad educationem argumentamur recte nur mit großen Ausnahmen anzunehmen ist. *Cuiacius* selbst bemerkt in seinen Recitt. in Cod. V, 49 in Opp. post. T. V p. 614: nec eadem est ratio tutoris et educatoris.

13) Die Anführung der bekannten Beweisstellen für die fünf unbestrittenen Sätze, die hier folgen, schien überflüssig.

14) Die nach dem Rechte zur Zeit der Rechtssammlungen Justinians für den legitimus tutor geltende Ausnahme, daß seine Tutel auch durch c. d. minima erlosch, muß seit Novelle 118 Cap. 4 und 5 für aufgehoben angesehen werden. Vergl. Schelting a de emancipationibus Pars altera §. 14 in *Fellenberg* Iurispr. antiqua T. II p. 528, 529 und Schweppe Röm. Privatrecht §. 739.

14[a]) In diesem Falle, so wie in allen folgenden hört nicht das Bedürfniß eines vormundschaftlichen Schutzes in der Person des Mündels, so wie in den beiden erstgenannten Fällen, ganz auf.

15) Hierhin kann man vielleicht auch den Fall zählen, wenn Jemand Presbyter, Diakonus, oder Subdiakonus wurde. Vergl. Novelle 123. Cap. 5 und Marezoll in seiner Zeitschrift Bd. III S. 287 № 5.

Aufhebungsarten einzelner Arten der Tutel.

1) Die tutela (legitima) der Mutter und Großmutter hört auf, sobald diese sich von Neuem vermählen[16].

2) Die testamentarische Tutel wird aufgehoben, sobald die Bedingung oder die Zeitbestimmung eintritt, bis auf welche sie angeordnet ist[17].

3) Der Vormund, dem durch Testament oder durch die Obrigkeit die Verwaltung über die Güter des Pupillen in einer einzigen Provinz anvertraut sind, hört auf, sobald die in dieser Provinz liegenden Güter regelmäßig verkauft, und das daraus gelöste Geld entweder sich gar nicht mehr im Vermögen des Pupillen befindet, oder zum Ankaufe von Gütern in einer andern Provinz verwendet ist, (in der ein anderer Tutor desselben Pupillen sich befindet)[18].

4) Der tutor dativus hört auf tutor zu sein, sobald die Suspensivbedingung oder die Zeitbestimmung eintritt, von welcher an ein testamentarischer Tutor angeordnet war[19],

16) Novelle 94 Cap. 2. Daß bei einer testamentaria tutela dieser Frauen das Nemliche gelte, sollte nicht bezweifelt werden.

17) §. 2, §. 5 I. quib. mod. tut. fin. 1, 22. §. 3 I. qui dari tutores 1, 14.

18) Nur indirekt läßt sich der Beweis hiefür aus fr. 39 §. 3 und fr. 47 §. 2. De adm. 26, 7 führen. Vergl. Glück Commentar Bd. 30 §. 1336 c. S. 403 . . 419.

19) fr. 11 pr. De test. tut. 26, 2. Dasselbe gilt auch, wenn ein Zweifel war, ob der eingesetzte Erbe antreten würde, ein dativus tutor inzwischen gesetzt war, und nun durch die Antretung der Erbschaft auch der testamentarische Vormund antreten konnte. §. 1. I. de Atiliano tutore 1, 20.

oder sobald der vorhandene minderjährige legitimus tutor majorenn wird [20]).

5) Der tutor dativus hört auf tutor zu sein, sobald das Geschäft, für welches allein er ernannt ist, beendet ist [21]).

---

20) fr. 9 §. 1 De tutelae et rationibus 27, 3.

21) fr. 19 Curatorem etiam impuberi dari posse; sed ad ea, quae solemnitatem iuris desiderant, explicanda tutore auctore opus esse De auctoritate 26, 8; fr. 17 §. 1. Tutor pupillo datus, si provocet, interim pupillo curator dabitur. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est. De appell. 49, 1. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. IX resp. Pauli zu fr. 19 D. 26, 8 in Opp. post. T. II p. 53.

Ein und zwanzigste Abhandlung.

Giebt es im Justinianeischen Rechte einen dolus bonus?

Ganz allgemein wird in den Lehrbüchern des heutigen Römischen Rechtes [1]) von einer Eintheilung des dolus in dolus bonus und dolus malus, in rechtlich erlaubten und rechtlich unerlaubten dolus, gesprochen. Allein diese Eintheilung paßt nur für das ältere, durchaus nicht mehr für das Justinianeische Recht. Denn die einzige Stelle [2]), welche sie angiebt,

1) Thibaut Pandekten §. 148; Höpfner Commentar §. 1007; Wening Ingenheim gemeines Civilrecht Bd. I §. 84; Seuffert Pandekten §. 70; Mackeldey heutiges Römisches Recht §. 166; Warnkönig Commentarii iuris T. II Leodii 1829 p. 78, lib. III cap. 2; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 94. Die Diss. de dolo bono von *Otto* huldigt gewiß der gewöhnlichen Meinung.

2) fr. 1 §. 3 De dolo malo 4, 3.

die alle Neuere entweder vor allen oder ganz allein citiren, enthält nur älteres, längst bereits antiquirtes, Recht. Die Worte dieser Stelle lauten so: Non fuit autem contentus Praetor, dolum dicere, sed adiecit malum; quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, et pro solertia hoc nomen accipiebant: maxime, si adversus hostem latronemve quis machinatur.

Das Edikt über den dolus malus war sicher schon zu Ciceros Zeit aufgestellt[3]), wie Dieß aus der im §. 1 desselben Fragmentes bei dieser Gelegenheit gegebenen Definition des Servius, und aus der Erwähnung des Aquilius mit seinen formulae de dolo malo bei Cicero[4]) hervorgeht, so daß wohl nicht gut ein Zweifel übrig bleiben kann, daß hier veteres die Juristen sind, welche zur Zeit der Republik lebten[5]), nicht die Spätern. Ulpian sagt daher mit diesen Worten nur Folgendes: zu der Zeit, als diese Stelle über Arglist in das Edikt aufgenommen sey, habe der Prätor sich nicht des, zur jetzigen Zeit hinlänglich bezeichnenden, Ausdruckes, dolus allein, bedienen können, weil die Juristen damals[6]) zwischen dolus

---

3) Man könnte schon die Stellung der Worte als einen Beweisgrund für die frühe Zeit des Edikts de dolo malo anführen, weil später die Rubrik de malo dolo geheißen haben würde. Vergl. Hugo Civilistisches Magazin Bd. V S. 296, 297, aber auch S. 308. Wer seine copia vocabulorum für Betrug und betrügen zu vermehren wünscht, der sehe noch *Marquardi Freheri* Verisimilium lib. II cap. 7 in Otto's Thesaurus T. I p. 914.

4) De officiis 3, 14 am Ende.

5) Dirksen Beiträge zur Kunde des Rechtes S. 164, 165.

6) Dirksen a. a. O. S. 161 Note 3.

bonus und dolus malus unterschieden hätten; und aus diesem, bei der Aufnahme des Satzes in das Edikt herrschenden, Sprachgebrauche sey es zu erklären, daß man auch jetzt noch dieses Pleonasmi dolus malus für dolus allein sich bediene, ungeachtet die jetzt, d. h. zur Zeit von Ulpian, lebenden Juristen nicht mehr von einem dolus bonus sprächen.

Donatus bemerkt zu den Worten des Terenz [7]): erat suspicio, dolo malo haec fieri omnia Folgendes: Quod autem addidit malo, aut archaismus est, quia sic in XII. tabulis [8]) a veteribus scriptum est, aut epitheton doli est perpetuum [9a]), aut diastole est, quia est et bonus, quo a medentibus falli aegros, non tantum decipi Lucretius poeta testatur [9b]). Natürlich könnte von den Gegnern nur die zuletzt von Donatus aufgestellte Hypothese als scheinbar für sie sprechend benutzt werden, da die erste, wornach der Zusatz malus ein Archaismus, eine Antiquität, aber aus Anhänglichkeit an das Alte beibehalten, oder, nach

---

7) In den Eunuchen Akt 5 Scene 5 V. 8.

8) Die genauere Angabe der Stelle fehlt uns.

9a) Gerade wie die Neuern vor dem Worte vindicatio fast beständig den Zusatz rei haben.

9b) Wenn *Paganinus Gaudentius* Iuridicarum Expositionum lib. II cap. 30 in *Otto* Thesaurus T. III p. 387 darauf aufmerksam macht, daß bonus dolus eine List bedeute, welche den Zweck hat, einem Andern zu nützen, dolus malus eine List, angewendet um Andern zu schaden, so stimmt zwar seine Erklärung mit dem von Lukretius (der aber nicht den Ausdruck dolus dabei hat) angegebenen Falle vom Arzte überein; nicht aber mit den von Ulpian angegebenen Beispielen.

der zweiten Hypothese, nun stehend[10]) geworden ist, mit unserer Ansicht im vollsten und deutlichsten Einklange steht. Allein auch die dritte Meinung spricht für uns. Denn Wen kann Donatus als Gewährsmann für den Gegensatz von dolus bonus und dolus malus anführen, als einen Dichter, der ein Zeitgenosse der veteres ist, der vor den Kaisern zur Zeit der Republik lebte. Daß aber ein solcher Zeuge Nichts gegen unsere Ansicht beweisen kann, bedarf keiner Auseinandersetzung[11]).

Damit aber, daß die Bedeutsamkeit dieser Stelle, wo allein der Ausdruck dolus bonus vorkommt, als nichtig für das Justinianeische Recht nachgewiesen ist, muß auch zugleich die ganze Ansicht der Gegner für abgewiesen gelten. Denn die andern Stellen, welche noch hin und wieder von den Neuern angeführt werden, sind von untergeordneter Bedeutung, da sie nicht den Ausdruck dolus bonus enthalten. Thibaut und Wening-Ingenheim citiren nämlich noch fr. 22 §. 3 D. locati 19. 2[12]), und behaupten, daß hier ein Fall des dolus

---

10) So gebraucht man noch jetzt in Schrift und in Zeichen den Ausdruck Reichsthaler, trotz Dem, daß ein Deutsches Reich nicht mehr existirt.

11) So erwähnt Gellius Noctes Atticae 12, 9 gleichfalls, daß in den vetera scripta mehrere Worte sogenannte mediae voces gewesen, und zählt dahin auch den Ausdruck dolus, während derselbe jetzt, wie Gellius sagt, unam certamque rem bezeichne. Eben so Festus v. doli: Doli vocabulo nunc tantum in malis utimur, apud antiquos autem etiam in bonis utebantur, unde adhuc dicimus: sine dolo malo; nimirum quia solebat dici et bonus.

12) Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris ven-

bonus vorhanden sey. Da nun aber die Existenz des dolus bonus überhaupt nicht nachgewiesen werden kann, so ist es aus dieser Stelle ebenfalls unmöglich. Verbindet man aber noch mit dem angeführten Paragraphen das unmittelbar sich daran schließende fr. 23 D. eod.[13]), so zeigt sich auf das Deutlichste aus den Worten: si nullus dolus adversarii probari possit, daß das zu hohe oder zu geringe Kaufpretium oder Pachtgeld an und für sich gar nicht von den Römern als dolus behandelt wurde. Mühlenbruch[14]) führt noch fr. 77 §. 31 De legatis II.[15]) an. Allein auch hier wird mit direkten Wor-

---

dere, et ita invicem circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. *Cuiacius* Recitt. in lib. 34 Pauli ad Edictum in Opp. post T. II p. 553 leugnet zwar die Existenz von dolus malus in dieser Stelle; daß aber fraus in solchen Fällen vorhanden sey, leugnet er nicht; nur müsse keine immodica fraus von Seiten des Käufers (nicht des Verkäufers *Cuiacii* Obss. XVI, 18) begangen sein. Vergl. noch *Duaren* in tit. de dolo malo cap. 1 in Opera omnia p. 79.

13) Et ideo, praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.

14) a. a. O. §. 94 Note 8.

15) Titio fratri suo Maevius hereditatem Seii, a quo heres institutus erat, post mortem suam restituere rogatus, eodem Titio herede scripto, petit, ut moriens Titius tam suam, quam Seii hereditatem Sempronio restitueret: cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset, aeris alieni loco non esse deducendum fideicommissum, respondi, quoniam ratione compensationis percepisse debitum videbatur; plane si ea lege Maevius Titius heredem instituat, ne fideicommissum ex testamento Seii retineat, Falcidiam compensationi sufficere: sed iniquitatem occurrere: prudentius autem fecerit, si ex testa-

ten das Vorhandensein des dolus in diesem Falle geleugnet, wiewohl man auf der andern Seite nicht in Abrede stellen kann, daß hier Papinian einen schelmischen Rath ertheilt hat[16]).

---

mento fratris hereditatem repudiaverit, et intestati possessionem acceperit: nec videbitur dolo fecisse, cum fraudem excluserit.

16) *Cuiacius* Recitt. in lib. VIII Resp. Papiniani zu der angeführten Stelle in Opp. post T. I p. 363 bemerkt: occurrente fraude et iniquitate Papinianus Titio prudens consilium dat.

Zwei und zwanzigste Abhandlung.

Ueber die Eintheilung der pacta.

Die classischen Römischen Juristen theilen die dem Privatrechte angehörigen Verträge in zwei Gattungen, diese wieder in je zwei Arten, und eine derselben wiederum in zwei Unterarten. Sie sagen: Verträge gehen entweder auf das öffentliche Recht oder auf das Privatrecht [1]). Die auf das Privatrecht sich beziehenden Verträge beruhen entweder auf dem Civilrechte, oder auf dem ius gentium [2]). Die erstern von diesen erzeugen entweder eine Klage oder heben eine auf [3]); von den

1) fr. 5 De pactis 2, 14. Conventionum ... species aut ... ex publica causa fiunt, aut ex privata. Die in diesem Fragmente sehr verschiedenen Lesearten sind für die folgende Darstellung von keiner Bedeutung.

2) Ibid. privata, aut legitima, aut iuris gentium.

3) fr. 6 D. eod. Legitima conventio est, quae lege aliqua con-

letztern aber erzeugen Einige Klagen, Andere Einreden [4]). Diejenigen, welche eine Klage erzeugen, haben entweder einen besondern Contracts-Namen [5]), oder es liegt ihnen eine causa zum Grunde, d. h. eine bereits einseitig erfolgte Leistung [6]). Diejenigen, welche keine Klage erzeugen, sind das negative Glied dieser Eintheilung, und heißen nudae pactiones [7]).

Diese hier angegebene Eintheilung der auf das Privatrecht sich beziehenden Verträge in legitimae und iuris gentium conventiones umfaßt natürlich alle pacta und alle contractus, und es fragt sich nur, wie die contractus und die pacta unter diese beiden Rubriken vertheilt werden müssen. Wegen fr. 5 De iustitia et iure I, 1 [8]) wird man als Re-

---

firmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur quotiens lege vel Senatusconsulto adiuvatur.

4) fr. 7 pr. D. eod. Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.

5) fr. 7 §. 1 D. eod. Quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus.

6) fr. 7 §. 2 D. eod. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem. Cujacius Observationen II, 15 sagt daher richtig, Pactum a contractu sic separatur: pactum neque nomen neque causam habet. Contractus aut nomen habet, aut si nomine vacat, certe causam habet.

7) fr. 7 §. 4 D. eod. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Vergl. *Marquardi Freheri* Parergorum seu Versimilium lib. I cap. 18 in Otto's Thesaurus T. I p. 885.

8) Ex hoc iure gentium introducta bella... commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae; exceptis quibusdam, quae a iure civili introductae sunt.

gel annehmen müssen, daß alle Verträge, wo keine direkte Ausnahme entgegensteht, iuris gentium sind. Diesen Ausnahmen möchte der emphyteutische Contract angehören, denn er beruht seiner jetzigen Beschaffenheit nach auf einem Gesetze Zeno's [9]), ist also eine legitima conventio, während die übrigen obligationes, quae consensu contrahuntur, zu den iuris gentium conventiones gehören. Eine zweite Ausnahme möchte das suffragium bilden; denn seine Klagbarkeit beruht auf einem Gesetze von Theodosius, Honorius und Arkadius [10a]). Man könnte auch versucht werden, die Stipulationen dem ius civile zu überweisen [10b]); allein theils belehrt uns Gajus [11a]), daß nur die eine Formel: spondes, spondeo, dem strengen Civilrechte der Römer eigenthümlich gewesen, theils kann man doch unmöglich selbst von dieser Stipulation behaupten, daß sie ihre Klagbarkeit einer lex oder einem Senatsbeschlusse verdanke, worin ja das Wesen einer legitima conventio bestehen soll [11b]). Von den Pactis bilden ganz offenbar das simple Versprechen einer dos, da nach der Verordnung von Theodosius und Valentinian [12]) qualiacunque

---

9) c. 1 C. de iure emphyt. 4, 66; §. 3 I. de locat. 3, 24.

10a) c. un. C. de suffragio. 4, 3 Vergl. Novelle 8 Cap. 1.

10b) Dieß thut z. B. Duaren in tit. de pactis cap. 1 in Opera omnia p. 38.

11a) Institutionen Commentare Buch 4 §. 92.

11b) *Gregorius Lopez Madera* Animadv. iuris civ. cap. 8 zählt nicht blos die stipulatio zu den legitimae conventiones, sondern jeden Vertrag, der cum hac actione et obligatione ex iure gentium non sit. In Otto's Thesaurus Tom. III p. 447.

12) c. 6 C. de dotis promissione 5, 11.

verba zur Klagbarkeit hinreichen sollen, so wie das Versprechen einer Schenkung nach Justinians Verordnung [13]), die wichtigsten Anwendungsfälle der legitimae conventiones. Mag man nun aber auch gegen das Hinüberziehen der Emphyteusis zu den legitimae conventiones gegründete Einwendungen machen [14]), so sind solche dennoch in Beziehung auf das suffragium unmöglich, da erst die Kaiser im §. 1 der angeführten Constitution diesem Vertrage den speciellen Namen eines Contracts beilegten. Allein dieß ist dennoch nicht der einzige Contract, welcher zu den legitimae conventiones gehört; wenigstens nach älterm Rechte möchte man die literarum obligatio, die dotis dictio, auch wohl die promissio operarum iurata a liberto facta zu den legitimae conventiones zählen. Hieraus geht nun unwidersprechlich hervor, daß unter der legitima conventio des Paulus eben so gut contractus als pacta zu verstehen sind, und daß daher diese Stelle des Paulus nicht geradezu von den Neuern, wie es ganz allgemein geschieht, für den Begriff der pacta legitima angeführt werden kann, ohne hervorzuheben, daß, wie es vom Civilrechte bestätigte pacta giebt, so auch aus dem Civilrechte stammende Contracte, legitimi contractus, existiren.

Bei der Frage, ob die sog. pacta adiecta, d. h. die einem bonae fidei contractus hinzugefügten Nebenverabredungen,

---

13) c. 35 C. de donat. 8, 54. *Cuiacius* in seinen Recitt. in Dig. zum fr. 5 D. 1, 1 in Opp. post. T. IV p. 36. *Balduinus* freilich de iure novo lib. III p. 1150 zählt die donatio zu den contractus iuris gentium.

14*) *Cuiacius* a. a. O. p. 36, 37 der auch die propter nuptias donatio und literarum obligatio als mögliche Beispiele der legitimae conventiones abweist.

zu den nudis pactis gehören, fällt die Antwort durchgängig und mit Recht verneinend aus[14b]). Allein der gewöhnliche Beweis dafür ist unzureichend, und müßte, wenn er allein stände, der entgegengesetzten Ansicht weichen. Da man nemlich wohl dieß als die aus den Quellen zu vertheidigende und von den Neuern auch allgemein angenommene Regel aufstellen kann: ex qua pactione actio non oritur seu nascitur, ea pactio nuda appellatur[15a]), und unstreitig ein großer Unterschied zwischen Erzeugung und Bildung ist; denn von den Eltern wird der Knabe geboren (nascitur), von den Lehrern gebildet (formatur)[15b]): so muß, um einer pactio den Namen einer non nuda zu geben, von dieser verlangt werden, daß sie obligationem seu actionem parit, und man könnte daher schon a priori versucht werden anzunehmen, daß eine pactio, wenn sie nur format, aber nicht parit actionem, deswegen noch nicht aufhöre eine nuda pactio zu sein. Aber es wird auch diese Annahme überdieß nicht durch die gewöhnliche Beweisstelle fr. 7 De pactis 2, 14 entkräftet. Denn man darf nur die Paragraphen 4 und 5 ununterbrochen lesen, so muß die Beweiskraft dieser Stelle für die Behauptung, daß die von den Neuern sogenannten pacta adiecta zu den nudis gehören, sehr geschwächt werden. Die Worte lauten hier nemlich so: Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed

---

14b) Nur *Warnkoenig* Comm. iuris lib. III cap. 2 T. II p. 59 setzt den nudis pactis nur die praetoria und legitima entgegen.

15a) fr. 15 i. f. De praescriptis verbis 19, 5; fr. 7 §. 4, fr. 45 De pactis 2, 14; Pauli Receptae Sententiae II, 14 §. 1.

15b) *Cuiacius* in seinen Observv. I, 15 macht ebenfalls auf diesen Unterschied zwischen formare und parere actiones aufmerksam.

parit exceptionem. §. 5. Quinimmo interdum format (Vulg. informat) ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Was läßt sich nun aber bei dem Worte format für ein anderes Subjekt suppliren, als nuda pactio[16a])? In der That, wenn in der angeführten Stelle der ganze Beweis für die Behauptung liegen möchte, daß die sogenannten pacta adiecta den nudis entgegenzustellen, und nicht zu subordiniren wären, so stünde es mit dieser Behauptung sehr mißlich. Aber es giebt noch eine zweite mehr schlagende Beweisstelle, die c. 10 C. de pactis 2, 3. Die Worte dieses Reskriptes von Alexander Sever lauten so: Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet. Nec obesse tibi poterit, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc iure utimur, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio. Hier wird auf das Ueberzeugendste und Unwidersprechlichste gesagt, daß die lex contractus, die ja mit den von den Neuern genannten pactis adiectis identisch ist, durchaus nicht mit den nudis pactis auf einer Linie stehe. Ueberdieß ist zu bemerken, daß ein pactum, einer naturalis

---

16a) Daß hier nuda pactio, wie in andern Stellen z. B. in c. 12 C. de usuris 4, 32, Pauli Rec. Sent. II, 14, pr., nur den Gegensatz gegen stipulatio bilde, darf man nicht annehmen, wenn man nicht den Gegensatz der nuda pacta und legitima pacta im Römischen Rechte ganz leugnen will. *Alciat* Paradoxa lib. V cap. 1 zeigt das Unrichtige der zu seiner Zeit gangbaren Ansicht, daß nemlich die pacta adiecta außer durch die Hauptklage noch durch eine praescriptis verbis actio aufrecht erhalten werden können.

obligatio hinzugefügt, natürlich keine Klage erzeugen oder bilden kann, und daß bei weitem nicht alle Verträge, welche die Neuern zu den adiectis pactis zählen, wahre pacta, im Gegensatze der contractus sind. Man kann dahin nur diejenigen zählen, deren Zweck Modifikation des Hauptvertrages ist. Bei denjenigen Nebenverträgen aber, welche die Sicherung der Rechte aus einem Hauptvertrage bezwecken, ist zu unterscheiden. Einige, z. B. die fideiussio und die Conventionalstrafe, sind Contracte, indem sie, nur in Form einer Stipulation eingegangen, nach Römischem Rechte wirksam sind. Auf sie paßt also der Name pacta adiecta gar nicht. Andere, wie z. B. das Geben einer arrha, können ebenfalls zu den Contracten, und zwar zu denen, qui re contrahuntur, gezogen werden [16b]; noch andere, wie z. B. die Bestellung einer Hypothek, werden ganz allgemein zu den sog. praetoriis pactis gezählt.

Wir haben bisher diese sogenannten praetoria pacta in unserer Darstellung noch gar nicht erwähnt, aus dem Grunde, weil wir sie nicht namentlich in den bisher erörterten Fragmenten erwähnt finden. Allein es ist wohl schon der Beweis versucht worden, daß unter dem Ausdruck lege in fr. 6 De pactis 2, 14 (Note 3) auch das prätorische Edikt zu ver-

---

16b) Wir finden daher auch in c. 17 C. de fide instrumentorum 4, 21 die arrhae datio einen contractus genannt; und *Cuiacius* Obss. X, 17 bemerkt, daß die Griechen oft von einem arrabonico contractu sprächen. *Osius Aurelius* de variantibus Cuiacii interpretationibus Dispunct. 7 in Otto's Thesaurus T. III p. 710 zählt das Hingeben einer arrha zu den Innominatcontracten; ungeachtet er selbst bemerkt, daß in c. 3 C. de act. emti 4, 49 dieß Geschäft pactum arrhale genannt wird.

stehen sey[17a]). Denn einmal sey in fr. 1 §. 2 D. unde cognati 38, 8[17b]) der Ausdruck lex ganz unzweifelhaft von einer Stelle des Edicti perpetui[18]) zu verstehen, sodann aber spräche die Benennung lex annna[19]) für das Prätorische Edikt dafür, daß diese umfassende Bedeutung von lex keine ganz ungewöhnliche gewesen. Doch scheint eine solche Beweisführung nur zu dem Zwecke zu dienen, um es plausibel zu machen, daß Ulpian und Paulus in den genannten Stellen an alle Verträge gedacht haben mögen. Jeder aber, der da weiß, wie wenig streng in ihrer Systematisirung die Römischen Juristen waren, wird sich nicht wundern, wenn sie hier die wenigen prätorischen pacta übersehen haben. Ich sage: die wenigen. Denn bei weitem nicht alle pacta, welche von den Neuern zu denselben gezählt werden, scheinen in der That dahin zu gehören. Der Beweis dafür soll sogleich geliefert werden.

Als erstes Beispiel der praetoria pacta wird überall[20])

17a) So zählt *Cuiacius* Recitt. in fr. 5 D. 1, 1 das constitutum und die hypotheca zu den praetoriis pactis im Gegensatze der conventiones iuris gentium. Opp. post. T. IV. p. 37.

17b) Ulpianus libro XLVI ad Edictum. Pertinet autem haec lex ad cognationes non serviles; nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio.

18) Auch von einem Edictum repentinum, iurisdictionis causa propositum, ist lex höchst wahrscheinlich bei Cicero in seiner Divinatio cap. 11: concedo, si id lege permittitur, zu verstehn.

19) Bei Cicero in Verrem lib. I. cap. 42. Qui plurimum tribuunt edicto Praetoris edictum legem annuam dicunt esse.

20) z. B. Bei Höpfner Commentar §. 747; Zachariä Institutionen S. 680; Konopak Institutionen; Glück Pandekten Band 4. S. 278; Thibaut Pandekten §. 640 Note g; Mackeldey Lehrbuch

das hypothecae pactum genannt. Nun ist aus fr. 4 De pignor. 20, 1[21]) deutlich, daß das hypothekarische ius in re aus einem pactum entsteht. Daß aber dieses pactum ein mit einer persönlichen, prätorischen, Klage versehenes sey, dafür kann kein anderes Zeugniß beigebracht werden, und es wird auch kein anderes angeführt, als fr. 17 §. 2 De pactis 2, 14. Sehen wir aber vorurtheilsfrei an diese Stelle, so sagen ihre Worte — de pignore iure honorario nascitur pacto actio; tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor, ne petam — nur Folgendes: aus einem obligatorischen pactum kann nach prätorischem Rechte eine Pfandklage entstehen, und diese Pfandklage kann wiederum per exceptionem durch ein pactum de non petendo vernichtet werden. Diese aus dem Rechte des Prätors entstehende Pfandklage ist, zusammengehalten mit Dem, Was wir sonst aus den Römischen Rechtsquellen übrig haben, keine andere als die serviana oder quasiserviana actio[22]), eine in rem

§. 428 (Neunte Ausgabe); Seuffert Pandekten §. 308 Note 1; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 345; v. Wening Ingenhein Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Bd. III §. 223 Note m; Schweppe Röm. Privatrecht (dritte Ausg. von Mejer) §. 498. Note 3.

21) Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae; nec ad rem pertinet, quibus fit verbis; sicuti est in his obligationibus, quae consensu contrahuntur; et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypothecae sit, et probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt; fiunt enim de his scripturae, ut, quod actum est, per eas facilius probari poterit, et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem; sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.

22) §. 7 I. de action. 4, 6. Item Serviana et Quasi Serviana,

actio [23]), nicht etwa eine personalis actio, um das aus dem hypothecae pactum entspringende obligatorische Verhältniß geltend zu machen. Denn von einer solchen persönlichen Klage wissen wir nichts, und sie erscheint auch neben den genannten in rem actiones als überflüßig. Der Ausdruck de pignore actio kommt wohl sonst nicht vor, allein de servitute agere lesen wir in Justinians Digesten [24]), und hier muß man die negatoria actio [25]), also auch eine in rem actio, darunter verstehen. Die Analogie spricht daher ebenfalls für unsere Auslegung von fr. 17 §. 2 De pactis 2, 14, wornach das hypothecae pactum (als nudum pactum [26]) keine persönliche [26a]) Klage erzeugt, sondern nur ein ius in re, woraus denn die in rem actio entsteht.

---

quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius Praetoris iurisdictione substantiam capiunt.

23) Glück a. a. O. Bd. 14. S. 6. nennt das hypothecae pactum einen »prätorischen Vertrag, woraus jedoch der Prätor eine dingliche Klage giebt.«

24) fr. 17. §. 2. D. si servitus 8, 5. Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat. consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere; ut sterculinum tolleret? Respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse; sed si in privato, de servitute agere oportere.

25) Glück a. a. O. Bd. 10. S. 134.

26) fr. 1. pr. De pign. act. 13, 7. Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione; §. 7 I. de act. 4, 6 eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

26a) Und das obligatorische Verhältniß, welches die persönliche Klage hervorruft, scheint doch das Wesentliche bei einem klagbaren Pactum zu

Ferner wird das Precarium von Einigen [27]) hierhergerechnet. Andere erklären es für einen sogenannten contractus realis nominatus [28]), oder innominatus [29]), noch Andere für gar keinen Vertrag [30]), während Cujacius es für einen Quasikontrakt hält [31]). Gegen seine Contraktsnatur spricht, daß das Precarium von den Römischen Juristen nie zu den Contracten gezählt wird. Für die Meinung des

sein. Vergl. §. 1 I. de oblig. 3, 13. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut praetoriae ... Praetoriae sunt, quas Praetor ex sua constituit iurisdictione, quae etiam honorariae vocantur. Wohl zu bemerken ist auch der Umstand, daß in den §. §. 8 bis 12 I. de act. 4, 6 zwar die prätorischen persönlichen Klagen vollständig aufgeführt werden; aber keine actio ex hypothecae pacto. Und vergessen kann Justinian sie nicht haben, wenn sie existirt hätte, da er den §. 17. eod. wo von den binglichen prätorischen Klagen die Rede ist, so beginnt: Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius Praetoris iurisdictione substantiam capiunt.

27) z. B. Lang Lehrbuch §. 293 Note c; Mackeldey Lehrbuch §. 430. S. dagegen Schmitthenner Ueber Verträge Gießen 1831. 8. §. 21.

28) z. B. Langsdorf Ueber die pacta und contractus nach Justinianeischem Rechte §. 32 in Hugo's Civilist. Magazin Bd. I. S. 172.

29) z. B. *Donellus* Comm. XIV. 34; Thibaut Pandekten §. 898. S. dagegen Schmitthenner a. a. O. §. 20. Die praescriptis verbis actio erklärt er S. 71 beim precarium für ein Emblem Tribonians.

30) z. B. Savigny Besitz Fünfte Ausgabe S. 509. Ueberhaupt für gar kein Rechtsgeschäft erklärt es Schmitthenner a. a. O. Seite 63. §. 23.

31) ad fr. 23. De Regulis Iuris.

32) Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam: dolum tantum depositum et precarium;

Cujacius spricht fr. 23 De Regulis Iuris 50, 17 [32]). In dieser Stelle, in welcher das Precarium unter den contractus mitbegriffen wird, ist bekanntlich der Ausdruck contractus in seiner weitern Bedeutung genommen, in der er auch Quasicontracte in sich begreift; denn in eben diesem Fragmente werden die Tutel, die negotia gesta, und die communio rerum, lauter Quasicontracte, neben dem precarium genannt und unter dem allgemeinen Namen contractus mitbegriffen. Ferner spricht für die Annäherung des Precarii an die Contracte, daß, wie die communio der Societät, die indebiti solutio dem Darlehn und die negotia gesta dem Mandate ähnlich sind, so das Precarium große Aehnlichkeit mit dem Commodate hat, worauf auch die Quellen hinweisen [33]).

Weniger ist die Sache streitig bei dem Compromisse. Dieß zählt zwar Lang [34]) zu den praetoriis pactis. Allein während bis auf Justinian es einer poenae stipulatio bedurfte [35]),

---

dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta; in his quidam et diligentiam: societas et rerum communio et dolum et culpam recipit.

33) fr. 1 §. 3. Et est simile commodato. Nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat. De Precario 43, 26. Man vergl. noch *Cuiacii* Obss. IV, 7. und XXIII, 21, in welcher letztern Stelle ein Paar Verschiedenheiten zwischen Commodat und Prekarium hervorgehoben werden.

34) Lehrbuch §. 293 Note e; so auch Mackeldey wenigstens in den ältern Ausgaben §. 439. In der neunten §. 433 hat er sich über die Römische Natur dieses Vertrages nicht erklärt.

35) *Iaspis* Diss. de arbitris Lipsiae 1821. 4. p. 29.

um das Geschäft klagbar zu machen[36]), gab Justinian in bestimmten Fällen[37]) auch bei einem ohne Straffumme eingegangenen pactum „ex nostro numine in factum actionem[38]),“ woraus auf das Deutlichste die Natur des Compromisses in diesen Fällen als eines legitimi pacti hervorleuchtet, wohin auch die meisten Neuern es mit Recht zählen.

Das arbitrii receptum wird ganz allgemein zu den praetoriis pactis gezählt; allein es scheint eine solche Ansicht sich nicht vertheidigen zu lassen. Denn wo ist die Stelle, welche sagt, daß die Partheien eine prätorische Klage auf Erfüllung des arbitrii gegen den arbiter haben? Ueberall freilich werden wenigstens fr. 3 §. 1 und fr. 13 §. 3 und §. 4 De receptis 4, 8 dafür angeführt. Allein diese Hauptstellen sagen weiter Nichts, als daß der Prätor den arbiter zwingen[39]) könne,

36) fr. 2, fr. 11 §. 2, §. 3. De receptis 4, 8. *Ludovici Vitalis* Lectionum variarum cap. 4 in Otto's Thesaurus T. II p. 627. Nur in einzelnen Fällen genügte zur Gültigkeit des Compromisses eine nuda pactio fr. 11 §. 3 D. eod.

37) Jaspis a. a. O. p. 30.

38) c. 5 pr. C. de receptis 2, 56. Nothwendig durfte es keine in factum actio seyn, sondern es konnte bald eine utilis in rem actio, bald eine ex lege condictio sein, je nach Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses, welches der arbiter feststellte c. 4 §. 4 C. eod.

39) fr. 3 §. 1 Tametsi neminem Praetor cogat arbitrium recipere, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere Praetor putat: non tantum quod studeret lites finiri; verum quoniam non deberent decipi, qui eum, quasi virum bonum, disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim post causam iam semel atque iterum tractatum, post nudata utriusque intima, et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum, vel alia qua ex causa

den schiedsrichterlichen Spruch zu fällen. Nirgends wird gesagt, daß durch Anstellung einer actio die Vollführung des Spruches herbeigeführt werden könne oder solle, sondern hier wird der Prätor als selbsthandelnd angeführt. Worin besteht nun aber hier die Thätigkeit des Prätors, durch welche er den sich weigernden arbiter zu seiner Pflicht ruft? Die Antwort giebt Paulus in fr. 32 §. 12 D. h. t [40]). Er belegt den Säumenden mit einer Geldstrafe. Aber nach Befinden der Umstände möchte auch eine in possessionem missio oder eine pignoris capio [41]) gegen ihn möglich sein. Dieß sind also die Zwangsmittel, welche die Partheien gegen den arbiter durch die Hilfe des Prätors haben [42]). Eine prätorische, persönliche Klage, ihn zur Ausführung seines Versprechens zu nöthigen, ist nirgends gestattet [43]), und daher wird man das

---

nolle sententiam dicere, quisquamve potest negare, aequissimum fore, Praetorem interponere se debuisse, ut officium, quod in se recepit, impleret. §. 3. Et quidem arbitrum cuiuscunque dignitatis coget; fr. 13 §. 3 Arbiter ex compromisso his diebus non cogitur sententiam dicere, quibus iudex non cogetur; nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit. §. 4 Proinde si forte urgeatur a Praetore ad sententiam, aequissimum erit, si iuret, sibi de causa nondum liquere, spatium ei ad pronunciandum dari.

40) Si arbiter sese celare temptaverit, Praetor eum investigare debet; et si diu non paruerit, multa adversus eum dicenda est. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. XIII Pauli ad Edictum zu diesem §. In Opp. post. T. II p. 200.

41) Auch schon die Partheien selbst konnten beim Contrahiren mit dem arbiter eine Strafe festsetzen auf den Fall, daß der arbiter seinen Spruch verweigern werde. Jaspis a. a. O. S. 22.

42) Vergl. *Duaren* in tit. De receptis in Opera omnia p. 139.

43) So z. B. hat ja auch weder Sohn noch Vater eine Klage auf

arbitrii receptum nicht zu den praetoriis pactis zählen können. Wohin es aber gehöre, ob zu den nudis pactis, oder zu der Lehre vom Mandate[44]), ist für diese Untersuchung gleichgiltig.

So bleiben denn als prätorische pacta mit Gewißheit nur folgende drei übrig: constituta pecunia[45]), das receptum der Sachen eines Reisenden[46]), und das pactum über einen außergerichtlichen Eid[47]).

Alimentation, sondern nach geschehener causae cognitio decretirt der Richter die Alimente fr. 5 pr. §. 8. De agnosc. 25, 3. Vergl. noch c. 1. C. de off. praet. 1, 39.

44) Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 436 Note 8.

45) §. 8 §. 9. I de action. 4, 6; *Donellus* freilich Comm. XII, 9 zählt das Constitutum aus den Note 17[a] ff. angegebenen Gründen zu den legitimae conventiones.

46) fr. 3 §. 5 D. nautae, caupones. 4, 9.

47) §. 8 §. 11. I. de action. 4, 6.

Drei und zwanzigste Abhandlung.

Beitrag zu der Lehre von den gesetzlichen Zinsen.

Die illustres personae [1]) finden wir zwar von den Neuern bei der Beschränkung der Conventionalzinsen [2]), bei der Form der Eingehung der Ehe [3]), bei der Art und Weise, in welcher sie ihre dotalia pacta eingehen sollen [4]), endlich bei der Be=

1) Vergl. über die illustres *Caesar Costa* variar. ambiguitatum iuris lib. II cap. 12 in Otto's Thesaurus T. IV p. 1220.

2) Thibaut Pandekten §. 281; Mackeldey Lehrbuch §. 350; Valett Pandekten §. 422; Bucher Recht der Forderungen §. 49 S. 178; Lang Lehrbuch §. 243; Seuffert Pandekten §. 233 Note 1; Hartitzsch Römisches Privatrecht S. 518; *Warnkoenig* Comm. iur. Rom. lib. III cap. 4 T. II p. 207.

3) Mackeldey a. a. O. §. 513 Note c; Lang a. a. O. §. 343.

4) Günther principia §. 422 Note c; Mackeldey a. a. O. §. 530 Note c.

stimmung, daß illustres matres keine unehelichen Kinder haben können [5]), regelmäßig genannt. Allein überall werden hier in den Compendien nur illustres personae erwähnt, während in den Quellen neben den illustres noch alle höhern Classen genannt werden. So bei der Bestellung der Zinsen, in c. 26 §. 1 C. de usuris 4, 32 Iubemus, illustribus quidem personis, sive eas praecedentibus u. s. w.; so bei dem Gebote, die Ehe nur nach errichteten Dotal-Instrumenten einzugehen (Iubemus eos, qui maximis dignitatibus decorati sunt, usque ad (bis hinunter zu den) illustres non aliter nuptias celebrare, nisi dotalia scribantur instrumenta [6]), womit denn das Gebot, die dotalia pacta schriftlich zu errichten, zugleich ausgesprochen ist. Bei dem zuletzt genannten Falle [7]) sind freilich nur illustres mulieres genannt. Allein der Grund, welchen Justinian anführt: cum in mulieribus ingenuis et (und noch dazu bei) illustribus, quibus castitatis observatio praecipuum debitum est, nominari spurios, satis iniuriosum, satisque acerbum et nostris temporibus indignum esse iudicemus, paßt ganz gewiß noch viel mehr auf die höhern Stände, und man würde daher sicher im Geiste Justinians handeln, wenn man

---

5) Thibaut Pandekten §. 682 Note g; Höpfner Commentar §. 690; Lang a. a. O. §. 471; Walett a. a. O. §. 939; Glück Intestaterbfolge §. 138 S. 522; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 632 Note 7.

6) Novella 117 cap. 4. Vergl. Novelle 74 Cap. 4.

7) c. 5 C. ad SCtum Orphitianum 6, 57. Sancimus itaque, ut neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habita, iustis liberis existentibus, aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perveniat.

hier über den Buchstaben hinaus ginge, und neben den illustres auch die nobilissimae und patriciae mulieres [8]) für unfähig zu einem solchem Fehltritte erklärte [8b]). Gewiß waren die illustres die zahlreichste unter den höhern Classen, und daher wurden sie hauptsächlich von der Gesetzgebung berücksichtigt, und in den Quellen genannt.

In der oben angeführten Hauptstelle [9]) über das gesetzliche Maaß der Conventionalzinsen unterscheidet Justinian bekanntlich in Beziehung auf die Erlaubniß, sich niedrige oder hohe Geldzinsen versprechen lassen zu dürfen, drei Klassen von Personen.

1) Die illustres und alle höhern Ranges. Iubemus illustribus [9a]) quidem personis, sive eas praecedentibus, minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum nomine, in quocunque contractu vili vel maximo stipulari.

2) Die Kaufleute und Fabrikenunternehmer: Illos vero, qui ergasteriis (d. h. mensis argentariis) praesunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae usurarum nomine in quocunque contractu suam stipulationem moderari. In traiectitiis autem contractibus, vel specierum [10]) foenori dationibus

---

8a) Zosimus II, 39 und 40.

8b) Doch ist mit Recht schon oft genug die sehr richtige Bemerkung gemacht, daß auf rationes von Justinians Gesetzen gar kein Gewicht zu legen ist.

9) c. 26 §. 1 C. de usuris 4, 32.

9a) Zur Zeit von Arcadius waren den Senatoren 6 Prozent erlaubt c. 4 Th. C. de usuris, 2, 33.

10) d. i. fructuum: *Heineccius* Syntagma Antiquitatum lib. III

usque ad centesimam tantummodo licere stipulari, nec eam excedere, licet veteribus legibus [11]) hoc erat concessum.

3) Alle übrigen Unterthanen. Ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum nomine posse stipulari; et eam quantitatem usurarum etiam in omnibus aliis casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent.

Aus dieser nicht zu bezweifelnden Unterscheidung möchte man zu der Ansicht verleitet werden, daß die Erlaubniß, bei der traiectitia pecunia [12]) zwölf Procent sich zu bedingen,

---

tit. 15 §. 17. Vergl. Rubr. C. ut nemini liceat in emtione specierum 10, 27; c. 20 §. 2 C. de agricolis et censitis 11, 67.

11) Constantin hatte in c. 1 Th. C. de usuris 2, 33 erlaubt, für zwei geborgte Scheffel Getreide drei wieder zu nehmen, also funfzig Prozent sich zu bedingen. Die ratio dieser hohen Zinsen lesen wir in c. 23 I. C. de usuris 4, 32, weil wegen des schwankenden Preises des Getreides der Borger ein Risiko übernähme. *Salmasius* de modo usurarum cap. 8 p. 343. Aus dieser ratio erklärt es sich, warum auch in der heutigen Praxis beim Getreide, dieser hohe Zinsfuß noch gilt. Denn es wird im gewöhnlichen Verkehr durchaus nicht als Wucher angesehn, wenn z. B. im April ein Scheffel Gerste zur Saat unter der Bedingung, im Oktober, also nach einem halben Jahre, fünf Viertel, demnach das Darlehn mit funfzig Prozent Zinsen wieder zu bekommen, ausgeborgt wird. Uebrigens scheint das Darlehn von Früchten kein stricti iuris negotium gewesen zu sein, und die Zinsbestellung dabei eines bloßen pacti, keiner Stipulation, bedurft zu haben, c. 12 C. eod. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in Cod. lib. IV tit. 32 in Opp. post. T. V p. 353, 354.

12) Man betrachtet gewöhnlich traiectitia pecunia und nauticum foenus für vollkommen identisch; allein ganz dasselbe Verhältniß findet hier Statt, wie zwischen mutuum und foenus. Jenes ist das Geschlecht,

in dieser Verordnung nur den Kaufleuten gegeben sey, nicht aber auch allen übrigen Personen, wie dieß die einstimmige Lehre der Neuern ist [13]). Diese Ansicht könnte man auch durch Novelle 106 [14]) für bestätigt halten, wo ebenfalls bei Gelegenheit dieses Geschäfts nur von Kaufleuten oder Schiffsherrn die Rede ist [15]).

Ferner wird überall in den Compendien nur ein Fall [16]), in welchem vier Procent Zinsen gezahlt werden sollen, hervorgehoben, nicht aber einige andere, in welchen die gesetzlichen Zinsen ebenfalls nur vier Procent betragen sollen.

---

dieses die Art. Die traiectitia pecunia setzt nicht wesentlich voraus, daß von dem über See geliehenen Capital Zinsen gezahlt werden müssen; wohl aber liegt die Nothwendigkeit einer solchen durch Vertrag festgesetzten Zinsbarkeit schon in dem Ausdruck foenus.

13) Z. B. Thibaut a. a. O. §. 281; Valett Pandekten §. 422; Bucher a. a. O. §. 49 S. 187; Lang Lehrbuch §. 243; Hartitzsch das Römische Privatrecht S. 518.

14) Diese Novelle ist freilich durch die unglossirte Novelle 110 aufgehoben. Eben so giebt Novelle 33 (Vergl. Novelle 32 und 34) allen Personen ohne Unterschied des Standes und Ranges das Recht bei geborgtem Getreide sich zwölf Prozent auszubedingen, wie es scheint, in Folge der damals ausgebrochenen Hungersnoth; da dem Landmanne solch geborgtes Getreide wohlthätiger ist, als geborgtes Geld.

15) cap. 1 . . . in naucleris aut negotiatoribus . . . naucleris seu negotiatoribus. *Cuiacius* in der expositio der Novelle 106.

16) Der Fall, daß, wenn die Zahlung der dos über 2 Jahre verzögert wird, eben so wie der Fall, daß, wenn der Mann, oder dessen Erben die Rückgabe der dos über die gesetzliche Zeit hinaus verzögern, vier Procent Verzugszinsen gezahlt werden sollen, werden zwar bei der Lehre von den Zinsen gewöhnlich in den Lehrbüchern übergangen, aber bei der Lehre von der dos erwähnt. Hartitzsch Römisches Privatrecht S. 518 hat diesen Fall auch bei den Zinsen.

Wenn nämlich einem Ehegatten, sey es von seinem eigenen Ehegatten oder von irgend einem Dritten [17]), Geld unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, hinterlassen ist, so muß, wenn der Honorirte nachher dasselbe wegen seiner zweiten Heirath restituiren muß, er beschwören, zu wie viel Procenten er es ausgeliehen hat, und mit eben so vielen Procenten das Capital restituiren. Hat er es aber nicht ausgeborgt, sondern auf andere Weise benutzt, so muß er das Capital mit vier Procent Zinsen restituiren [18]).

Ist aber Gold hinterlassen, und des Honorirten Vermögen unbedeutend, und derselbe auch nicht im Stande, einen Bürgen aufzutreiben, so soll der Gravirte berechtigt sein, das Gold zu behalten, und verpflichtet sein, der Frau nur vier Procent Zinsen zu zahlen, entweder bis zu ihrem Tode, oder bis sie zu einer neuen Ehe schreitet, in welchem letztern Falle sie die empfangenen Zinsen restituiren muß. Auch hört dieser Zinsenlauf dadurch auf, daß die honorirte Frau in den geistlichen Stand tritt, weil ihr dadurch eine fernere Ehe einzugehen unmöglich wird, weshalb sie nun die Auszahlung des Goldes

---

17) Nov. 22 cap. 44 §. 8. Hanc ipsam autem introducimus observantiam et eundem intellectum, etiam si non coniuges alterutris sub tali reliquerint conditione; sed aliquis alius extraneus sive viro sive mulieri sub tali conditione dari quid voluerit.

18) Nov. 22 cap. 44 §. 4. Si vero pecuniae fuerint, etiam cum usuris, quas inde percipere valuerit; iureiurando restituentis hoc iudicando. Si vero non mutuaverit quidem, sed usus est; tertiae centesimae reddat usuras.

selbst verlangen kann [19]). Dasselbe tritt aber auch ein, wenn der Mann, nicht die Frau, honorirt war [20]).

Zu den Fällen, wo vier Procent als legitimer Zinsfuß angenommen wird, gehört auch das Legat jährlicher Renten an eine Stadtgemeine. Bei Berechnung der sogenannten Quarta Falcidia soll hier ein Capital gesucht und veranschlagt werden, dessen Zinsen zu vier Procent gerechnet, den jährlichen Renten gleichkommen [21]).

Ferner darf ein Landmann, dem Geld geborgt ist, nicht mehr als vier Procent Zinsen zu zahlen verpflichtet sein [22]).

---

19) Ebendas. §. 7. Si vero aurum fuerit quod relinquitur, minus idonee vero se habeat ad fideiussionem; et nec ipse dignus sit, cui hoc credatur, manere quidem apud illum, a quo relictum est; tertiam vero centesimae eius usuram praestari: quam usque tunc solvat, donec aut secundas ille contrahat nuptias (quando et restitutio praestitarum usurarum suscipiet facultatem), aut fiat manifestum nullatenus posse istum ad nuptias pervenire, sive secundum modum sacerdotii (tunc enim ei dabit quod relictum est) sive morte. Accipient enim hoc omnino eius heredes, nihil neque de datis usuris reddentes.

20) Ebendaselbst princ. . . . si quis prohibuerit ad aliud venire matrimonium, sive etiam uxor maritum (idem namque est utrinque), et pro hoc aliquid reliquerit. Vergl. noch die Worte in Note 15: sive viro sive mulieri.

21) fr. 3 §. 2 D. ad leg. Falcid. 35, 2. Item si reipublicae in annos singulos legatum sit, cum de lege Falcidia quaeratur, Marcellus putat tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae, quae legata est, colligendas.

22) Novella 34. Ne quis quod agricolae etc. Cap. 1. . . . Sin autem pecunias dedit, nihil amplius, quam siliquam unam pro sin-

Sodann ist noch ein überall übergangener Fall zu erwähnen, der von Justinian ebenfalls erst nach jenem allgemeinen Zinsengesetze bestimmt ist. Wenn Jemandem, der sich für den belasteten Erben hält, durch die angestellte hereditatis petitio sein Erbrecht bestritten wird, so hat er die Freiheit, augenblicklich die Legate auszuzahlen, mögen sie in Geld oder in Grundstücken bestehen, und wird ihm durch die Sentenz sein Erbrecht, und damit zugleich auch seine Verpflichtung gegen den Legatar, abgesprochen, so muß dieser ihm das Capital mit drei Procent Zinsen zurückgeben [23]).

Endlich sind vier Procent Zinsen auch in folgendem Falle vorgeschrieben. Wenn eine propter nuptias donatio ganz oder theilweise aus beweglichen Sachen, namentlich aus baarem Gelde besteht, und der Mann in der Ehe stirbt, so hat die Wittwe das Recht, von dem zu veranschlagenden Werthe jener Sachen oder von dem Capitale nur vier Procent Zinsen zu fordern [24]).

---

gulo solido annuam praestare. — Nach Isidori Origines XVI, 24 ist: siliqua vicesima quarta pars solidi. — Vergl. *Balduinus* de iure novo lib. I in der Iurisprudentia Romana et Attica T. I. p. 1060 und *Contius* lectiones subsecivae lib. II cap. 2.

23) c. 12 pr. C. de pet. hered. 3, 31. Si quis hereditatis petitionem vel susceperit, vel suscipere sperat, vel movere: alius autem superveniens vel ex deposito vel ex commodato vel ex legato vel ex aliis causis inquietare, vel reum vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium . . . Quod si non obtinuerit eius iura, restituit legatarius vel fideicommissarius ei datam pecuniam cum usuris ex quarta centesimae parte currentibus. Vergl. *Cuiacius* in Recitt. ad l. ult. C. lib. 3 tit. 31 in Opp. post. T. V. p. 186 ff.

24) Novelle 2 cap. 4.

Zum Schlusse ist noch eine Eintheilung der Zinsen, die Justinian [25]) aufstellt, zu erwähnen, in terrestres [26]) und traiectitiae seu maritimae, Landzinsen und überseeische Zinsen.

---

25) const. Dedit. oder c. 3 §. C. de vetere iure enucleando I, 17.

26) Daß diese Benennung terrestres durch Mißverständniß entstanden sey, zeigt Salmasius de modo usurarum cap. 5 p. 186 nach der Leydener Ausgabe von 1639.

Vier und zwanzigste Abhandlung.

Ueber die Aufhebung der Miethe wegen nöthiger Reparaturen und unvorhergesehener Bedürfnisse des Vermiethers.

In voller Uebereinstimmung stellen die meisten Neuern [1]) folgenden Satz bei der Miethe auf: der locator sei verpflichtet, das vermiethete Haus dem conductor für die ganze Mieth-

1) Höpfner Commentar §. 890 № 2 c; Weber natürl. Verbindlichkeit §. 90; Zachariä Institutionen S. 745; Thibaut Pandekten §. 992 Note o; Konopak Institutionen §. 482. № 3; Mackeldey Lehrbuch §. 377 № 1; Wening Lehrbuch §. 265 »wesentliche unverschiebliche« № 2; Seuffert Pandekten §. 331 № 5 γ; Valett Pandekten §. 537 № 2; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 415 Note 5; Schweppe Röm. Privatrecht §. 469 Note 6; Glück Commentar Bd. 17 S. 375 Note 57, und die dort citirten ältern Schriftsteller.

zeit zu lassen, außer wenn dasselbe einer nöthigen Reparatur bedürfe.

Aus diesem Satze müßte nothwendig zweierlei folgen, theils daß in diesem Falle der locator gegen den conductor zu keinem Ersatze verpflichtet sey, theils daß der Vermiether bei einer unnöthigen Reparatur nicht vor der Zeit austreiben dürfe. Ließen sich diese beiden Folgesätze erweisen, so müßte man schon den Hauptsatz einräumen, wenn er gleich in den Quellen ausdrücklich nirgends aufgestellt wäre. Allein was jenen ersten Folgesatz betrifft, so finden wir von Afrikanus [2]) es deutlich ausgesprochen, daß wenn der locator eines Hauses, sobald es wirklich schadhaft war, dasselbe repariren mußte, er dem Miether den direkten Schaden, welchen derselbe dadurch erlitten hat, ersetzen muß. Der zweite Folgesatz findet sich in den Quellen eben so wenig. Denn in fr. 35 pr. D. locati 19, 2.

2) fr. 35 pr. D. locati 19, 2. Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario nec ne id opus demolitus est: quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur iniuriam eius, quem prohibere non possit, ferre, vergl. mit fr. 33 D. eod. i. f. Servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas eius scil. temporis, quo fruitus non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui: in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere aut reddere debebis. Vergl. *Schultingii* Notae ed. Smallenburg T. III p. 533, 534 zu dieser Stelle.

wird ausdrücklich auf die Möglichkeit einer auch nicht nöthigen Reparatur, welche den Miether vertreibt, Rücksicht genommen. Noch deutlicher aber findet es sich ausgesprochen, daß der Vermiether jedenfalls das vermiethete Gebäude demoliren könne, in fr. 30 pr. D. locati 19, 2[3]). Hier wird ganz speciell unterschieden: si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, und si non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset. Im ersten Falle wird der Vermiether auf das damnum (emergens) seines Miethers, im zweiten Falle auf das omne quod interest seines Miethers verurtheilt.

Hieraus geht die Unstatthaftigkeit der beiden Folgesätze hervor, und daraus mittelbar zugleich die Unhaltbarkeit des Hauptsatzes. Dieser wird aber auch durch keine einzige direkte Aeußerung der Römischen Rechtsquellen unterstützt[4]), sondern im Gegentheil die const. 3 C. de locato 4, 65, welche hiefür angeführt zu werden pflegt, sagt nur Folgendes: Aede, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino

3) Qui insulam triginta conduxerat, singula coenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam. Quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed, quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

4) Sogar bei Glück a. a. O. S. 380 findet sich für den Beweis dieser Regel kein einziges Citat aus den Quellen.

in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet, nisi (propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut) corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versata es. Corrigere ist nun durchaus kein technischer Ausdruck, und seine Bedeutung kann man im Allgemeinen wohl richtig dahin feststellen: etwas Fehlerhaftes so verändern, daß es wird, wie es sein soll. Dieses zu Corrigirende kann nun entweder absolut oder nur relativ mangelhaft gedacht werden. Die erste Bedeutung ist die gewöhnliche und auch die in unserer Stelle allgemein angenommene. Allein auch für die zweite Bedeutung, welche wir hier als mögliche neben der ersten postuliren, fehlt es nicht an Beispielen [5]). Betrachtet man nun diese zweite Bedeutung in ihrer Anwendung auf ein Gebäude, so kann man unter corrigere domum sehr gut verstehen: einen Umbau vornehmen, wodurch die dem jetzigen Eigenthümer des Hauses nicht zusagende Einrichtung in eine ihm passender scheinende verwandelt wird, sey dieß nun durch Isolirung des Studirzimmers von den übrigen Zimmern, oder durch Verbindung der Wohnstube mit der Küche, oder durch Herbeischaffung eines gesonderten Einganges für jedes Stockwerk, oder durch sonstige Aenderungen. An eine Baufälligkeit oder irgend eine erlittene Beschädigung des Gebäudes braucht man hiebei gar nicht zu denken.

In Beziehung auf den Eigenthümer kommt es also gar

---

5) Man vergl. Terenz Adelphi IV, 7 v. 23 Illud quod cecidit forte, id arte ut corrigas (Es ist vom Würfelspiel die Rede.), Cicero Epist. ad Quintum Fratrem II, 15 cursu corrigam tarditatem, Plinius Historia natur. XV, 29 corrigenda vina, d. h. nicht verdorbene, sondern schwächere oder minder kostbare Weine.

nicht auf die Baulichkeit des vermietheten Hauses, sondern nur auf seinen Willen zu bauen an; und die Miethe kann daher einseitig vom Vermiether beendet werden, nicht bloß wenn das vermiethete Haus einer nothwendigen Reparatur bedarf, sondern auch zu jeder Zeit, wenn der Vermiether des Hauses dasselbe will. In beiden Fällen aber stehen dem Miether Ansprüche auf Entschädigung zu, die freilich geringer sind, wenn die Reparatur sich als nothwendig nachweisen läßt [6]), als wenn der Umbau ohne Noth geschieht. Dagegen ist der Miether zur Beendigung der Miethe berechtigt, wenn das zu bewohnende Haus im schadhaften Zustande ohne seine Schuld [7]) sich befindet [8]), oder ihm auf andere Weise, z. B. durch Verbauen des nöthigen Lichtes, die Wohnung unbrauchbar wird [9]).

Die eingeklammerten Worte der angeführten const. 3 sollen ferner nach der gewöhnlichen Meinung [10]) den Satz ent-

---

6) Vergl. Bucher Recht der Forderungen. Zweite Ausgabe §. 74 S. 262.

7) arg. c. 3 C. de locato 4, 65 v. aut tu male in re locata versata es.

8) fr. 60 pr. D. locati 19, 2.

9) fr. 25 §. 2 D. eod. Si vicino aedificante, obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino; certe, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem nulla dubitatio est.

10) Höpfner a. a. O. §. 890 № 2 d; Weber natürliche Verbindlichkeit §. 90; Thibaut a. a. O. §. 992 Note p; Konopak a. a. O. §. 482 № 3; Wening a. a. O. № 4; Mackeldey a. a. O. §. 377; Bucher a. a. O. §. 74 S. 262; Westphal Lehre vom Kauf, Pacht u. s. w. §. 1019 S. 623; Schweppe a. a. O. Note 8. — Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 415 zu Note 10 sagt ganz richtig, die Miethe könne aufgehoben werden, quod ipse dominus eadem re carere amplius nequit.

halten, daß der Vermiether die Miethzeit abkürzen darf, wenn er in die unvorhergesehene Nothwendigkeit versetzt wird, das vermiethete Haus für sich selbst oder die Seinigen zu gebrauchen. Von einer solchen unvorhergesehenen Nothwendigkeit ist durchaus nicht in der Stelle die Rede, wohl aber wird der Beweis der Nothwendigkeit erfordert, wie das Reskript sagt: **nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit.**

Wenn nun auf eine solche Weise der Beweis geführt ist, daß es auf eine unvorhergesehene Nothwendigkeit des Vermiethers, die Miethzeit abzukürzen, nicht ankommt, so wird man schon von vorn herein mißtrauisch gegen den beim Commodat aufgestellten Satz sein, daß der Leiher dem Commodatar die geliehene Sache lassen muß, bis der verabredete Gebrauch davon gemacht ist, ausgenommen, wenn er wegen unvorhergesehener Umstände sie selbst nöthig hat[11]). Wenn man nun aber sieht, daß der Beweis für diese Ausnahme nur in der eben angeführten const. 3 liegen soll, so muß schon ganz gewiß das Requisit der unvorhergesehenen Umstände schwinden. Aber auch die ganze Ausnahme muß wegfallen, da von dieser ziemlich abnormen Bestimmung der angeführten Constitution keine ausdehnende Erklärung gemacht werden darf. Mit Recht ist daher diese Ausnahme auch von Mehreren[12]) geleugnet worden.

---

11) Mackeldey a. a. O. §. 401 Note c; Bucher a. a. O. §. 98 S. 345.

12) Mühlenbruch a. a. O. §. 385 in Note 7; Valett a. a. O. §. 522 Note 98 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

Fünf und zwanzigste Abhandlung.

Ueber die Unterschiede zwischen der Emphyteusis und Superficies.

So sehr es gewöhnlich ist, alle Grundsätze, welche in den Quellen über die Emphyteusis sich finden, auf die Superficies zu übertragen, und umgekehrt, so kann man dieß doch nirgends geradezu thun, sondern nur mit genauer Erwägung der Verhältnisse. Eine Darlegung der auffallendsten Verschiedenheiten zwischen beiden Instituten wird diese Warnung als begründet nachweisen*).

*) Einen sehr unzulänglichen Versuch dieser Art findet man sowohl in Cocceji's Ius civile controversum 6, 3, qu. 3, der auch die Literatur für die nächste Frage hat, als in Gesterding's Lehre vom Eigenthum. Greifswald 1817. 8. S. 453.

Zuerst ist ein Unterschied im Objekte beider Rechte zu erwähnen, welcher darauf beruht, daß bei der Superficies der Gegenstand des Rechtes ein urbanum praedium, und zwar nur die Oberfläche, nicht der Grund und Boden [1]), bei der Emphyteusis ein rusticum oder ein urbanum praedium, und zwar nicht bloß die Oberfläche [1a]), sondern auch der Grund und Boden ist. Doch herrscht darüber längst Streit, ob auch Gebäude, und zwar nicht bloß als Nebentheile eines leeren Platzes, sondern auch als Hauptsachen, Gegenstände einer Emphyteusis sein können. Für die Bejahung dieser Frage haben sich die meisten Neuern [1b]) und mit Recht entschieden. Denn Novelle 7 Cap. 3 §. 1 und 2 und Novelle 120 Cap. 1 §. 2, lassen keine andere Auslegung zu [2]), als daß wenigstens bereits

---

1) Zuweilen ist nur ein einzelnes Stockwerk Gegenstand der Superficies fr. 3 §. 7 D. uti poss. 43, 17.

1a) *Donellus* Comm. iuris lib. 9 cap. 13 am Anfange, lib. 9 cap. 16 am Ende.

1b) Vergl. Thibaut Pandekten §. 630 Note l, m; Wening Ingenheim gemeines Civilrecht §. 157 Note c; Seuffert Pandekten §. 184 Note 3; Gesterding a. a. O. S. 412; *Muehlenbruch* Doctrina Pandectarum §. 298 Note q; *Warnkoenig* Comm. iuris lib. II cap. 3 T. I p. 478.

2) Das fr. 15 §. 26 De damno infecto 39, 2, welches ebenfalls häufig für diese Ansicht citirt wird, gehört einem neutralen Gebiete an. Die Leseart vectigalibus aedibus ist nemlich nicht unbestritten, da in einigen Handschriften nach Gebauer's Angabe aedibus fehlt, und hier eine zum rusticum praedium gehörige villa an der Grenze gestanden haben kann, um dem nachbarlichen Besitzer Besorgnisse durch ihren möglichen Einsturz einzuflößen. Eine Ansicht, die auch Donell a. a. O. lib. 9 cap. 13 von dieser Stelle hat.

zur Zeit der Abfassung dieser Novellen [2a]) die Emphyteusis an einem Gebäude als Hauptsache möglich war. Der Inhalt von Novelle 120 Cap. 1 §. 2 lautet paraphrasirt folgendermaßen. Wenn Grundstücke einer Kirche oder einer pia causa gehören, worauf die Gebäude vor Alter verfallen sind, und wovon gar kein Ertrag mehr gelöst wird, die Eigenthümer aber nicht im Stande sind, dieselben aufzubauen, so sollen die Vorsteher der Kirche oder der pia causa die Erlaubniß haben, diese Orte in perpetuum zu emphyteutischem Rechte zu bestellen, unter der Bedingung, daß als jährlicher Canon Anfangs [3]) wenigstens das Drittel von Dem gezahlt werde, was ehemals aus dem stehenden Gebäude einkam. Wenn aber der Emphyteuta es vorzieht unter der Bedingung, daß er das Gebäude wieder aufbaue, den Contract über die Emphyteusis zu schließen, in welchem Falle er sich der vorhandenen Materialien aus dem verfallenen Gebäude bedienen kann, so soll nach erfolgtem Baue taxirt werden, wieviel er nun daraus jährliche Zinsen ziehen könne, und die Hälfte dieser Zinsen den Betrag seines jährlichen Canons bilden [4]). Aus den hier gebrauchten Aus-

---

2[a]) Das natürlich muß man zugestehn, daß die Emphyteusis schon ihrer grammatischen Bedeutung nach ursprünglich nur auf agri gehen konnte, da ja cultura oder implantatio die Bedeutung des griechischen Wortes ist. Donell a. a. O. hebt dieß hervor.

3) Ab initio temporis. Eine Erhöhung des Canons soll also später eintreten.

4) Gegen die Richtigkeit der obigen Erklärung möchte nichts Erhebliches einzuwenden sein. Die bezüglichen Worte der Novelle lauten nach Hombergks Uebersetzung so: Si quaedam loca sunt, quae vel ad sanctissimam magnam ecclesiam, vel ad quandam ex dictis venerabilibus domibus pertinent, in quibus antiqua aedificia collapsa sunt,

drücken: antiqua aedificia collapsa reaedificare . . . aedificiis adhuc stantibus ... aedificet ... dirutis aedibus, geht wohl zur Genüge hervor, daß hier das Gebäude als Hauptsache erscheint, da auch bei der Bestimmung des neuen Canons nur auf das Einkommen aus den zerstörten Gebäuden gesehen werden soll. Freilich ist nicht zu leugnen, daß hier außer der Baustelle noch ein Platz vorhanden gewesen ist, aus dem der Emphyteuta Vortheil ziehen konnte. Dieß Zugeständniß nehmen nun die Gegner auf, und folgern daraus, daß hier die Gebäude nur Nebensachen sind, indem hier nicht von aedificia die Rede sey, welche in emphyteusin gegeben werden, sondern von loca. Als wenn man collapsa und diruta aedificia noch aedes nennen könnte, und nicht der Ausdruck loca passender hier wäre [5])! So wenig Zuflucht

et ex quibus nullus reditus venit, dictae autem venerabiles domus, ad quas haec loca pertinent, ea reaedificare non possint: licentiam damus administratoribus eorum, perpetuo emphyteuseos iure illa ipsa locandi: ita tamen ut emphyteusis vel sub tertia parte pensionum, quae ex aedificiis adhuc stantibus colligebantur, ab initio temporis emphyteuseos procedat, vel si emphyteuta hac potius conditione loca illa accipere velit, ut prius aedificet, et ex pensionibus, quae exinde secundum aestimationem redeunt, dimidia pars venerabili domui detur, a qua loca ille accipit, etiam hoc fieri, et emphyteutam inventa ibi ex dirutis aedibus materia uti permittimus. Die Novelle 120 ist unverändert in die Basiliken lib. V tit. 2 aufgenommen.

5) Schon die Glossatoren waren dieser Ansicht, wie dieß ersichtlich wird, durch die Vergleichung der aus dieser Novelle entnommenen Authentike zur c. 14 C. de sacros. eccles. 1, 2: Si quas ruinas habent memoratae divinae domus, quas reaedificare non valent, et hae in emphyteusin dentur perpetuam; emphyteuta usuro materia habitationis depositae domus; ut pensio diminuatur in tertiam partem ab ea, quae stantibus adhuc aedificiis colligebatur;

dieser Ausweg gewährt, so muß auch selbst dieser schwinden bei genauer, auch noch so partheiischer, Betrachtung der Novelle 7 Cap. 3 §. 2. Hier heißt es einmal so: Si emphyteuta praedium aut suburbanum aut aedificium deterius fecerit etc. Der deutlichste Beweis aber, daß auch ein Gebäude für sich betrachtet, Gegenstand der Emphyteuse sein könne, geht aus der gleich darauf folgenden Aufzählung der Objekte hervor, an welchen möglicherweise eine Emphyteuse bestellt werden kann: non solum in aedificiis stantibus et suburbanis, et agris, et hortis, verum etiam collapsis aedificiis. Wer möchte hier noch bezweifeln, daß Justinian zu seiner Zeit schon Emphyteusen an Gebäuden bestehend vorfand, ohne daß es noch von seiner Seite einer besondern Verfügung hierüber bedurfte? Nur Soviel können wir daher zugestehen, daß eine Emphyteuse gewöhnlich an einem nicht mit einem Gebäude als Hauptsache besetzten Platze, und nur selten an einem Gebäude Statt fand.

Auch der aufgestellten Ansicht, daß bei der Superficies der Gegenstand des Rechtes nur ein Gebäude sein kann, ist bereits von Hofacker[6]), Thibaut[7]) und Mühlenbruch[8]) widersprochen, indem namentlich Thibaut als Objekt der Superficies »ein Gebäude oder sonst etwas« nennt, und sich dafür

---

aut primitus eo reaedificante, ex adiectis illi per aestimationem pensionibus, medietas detur religiosae domui. Vergl. Cuiacius in der expositio novellae 120.

6) Principia iuris §. 1070.

7) Pandekten §. 626 Note k.

8) Doctrina Pandectarum §. 302 Note 1. — Auch Mackeldey in seinem Lehrbuche §. 300 a. E. äußert sich für diese Ansicht.

auf fr. 13 pr. De S. P. R. 8, 3 beruft [9]). Die Worte dieser Stelle, woraus Thibaut diesen Schluß gezogen, lauten nach der gewöhnlichen [10]) Interpunktion so: Certo generi agrorum adquiri servitus potest, velut vineis: quod ea ad solum magis, quam ad superficiem pertinet: ideo sublatis vineis, servitus manebit: sed, si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria. Offenbar müßte hier ein starkes a contrario argumentum eintreten, um Thibauts Ansicht zu rechtfertigen. Allein es kann wohl nicht ernstlich behauptet werden, daß superficies hier von dem ius in re gebraucht sey, sondern superficies steht hier in der vulgären Bedeutung, welche es auch in der Regel: superficies solo cedit, hat. Denn fr. 3 De serv. 8, 1 bemerkt: servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. Dieß heißt wohl nur: die einen sind praediorum rusticorum, die andern urbanorum praediorum servitutes, jene hängen mit dem Grunde und Boden [11]), diese mit dem auf dem Grunde und Bo-

---

9) Mühlenbruch a. a. O. führt noch fr. 39 De legatis II an, hat aber offenbar ein ganz anderes Fragment im Sinne gehabt. Denn die Worte desselben lauten so: Si areae legatae post testamentum factum aedificium impositum est: utrumque debebitur, et solum et superficium.

10) Ueber die richtige Interpunktion dieses Fragmentes vergl. v. Buchholtz Versuche. Berlin 1831. 8. S. 187 Note 30.

11) So heißt es in der angeführten Stelle ea (sc. rustica servitus; denn die Stelle steht im Titel de rusticorum praediorum servitutibus) ad solum magis, quam ad superficiem pertinet. — Cuiacius in seinen Recitt. in Cod. lib. IV tit. 66 macht sehr richtig auf den Unterschied aufmerksam, daß der Superficiar nur der superficies, der Emphyteuta

den stehenden Gebäude zusammen. Für diese Erklärung spricht auch fr. 20 De S. P. U. 8, 2, welches sagt: Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur, und als Beispiel dafür die tigni immittendi servitus, also eine städtische Dienstbarkeit anführt. So lange daher nicht eine schlagendere Beweisstelle als die genannte angeführt wird, muß es wohl bei der herrschenden Ansicht bleiben, daß Objekte der Superficies nur Gebäude sind. Daher wird bei der Superficies nur von bürgerlichen, bei der Emphyteusis meistens von natürlichen Früchten die Rede sein [12]). Ebenfalls geht hieraus für den Superficiar, nicht für den Emphyteuta, die Unmöglichkeit hervor, ein finium regundorum iudicium anzustellen, da ein solches das Vorhandensein eines rustici praedii voraussetzt [12a]); eben daher kann dem Superficiar nicht die aquae pluviae arcendae actio zustehen [12b]).

Eine zweite Verschiedenheit ist die, daß bei der Emphyteusis von der Nothwendigkeit, ein neues Gebäude zu errichten, nie die Rede sein kann, während bei der Superficies das Objekt des Rechts von dem Berechtigten zuweilen erst aufgeführt werden muß, die Superficies also an einer res futura bestellt werden kann, was bei der Emphyteusis unmöglich ist [12c]).

aber dem solum Servituten auflegen kann. Vergl. noch *Osius Aurelius* de variantibus Cuiacii interpretationibus Dispunctio 12 in Otto's Thesaurus. T. III p. 723 ff.

12) Ob auch der Superficiar schon separatione Eigenthümer an den etwa bei der Superficies vorkommenden Gartenfrüchten wird? Da derselbe wahre possessio hat, so scheint die Frage bejaht werden zu müssen.

12a) fr. 23 §. 1, fr. 1 §. 17, §. 19. De aqua et aquae 39, 3.

12b) fr. 2 pr. fr. 4 §. 1 D. fin. reg. 10, 1.

12c) *Donellus* Comm. lib. 9 cap. 16. Geht das rusticum praedium,

Eine dritte Verschiedenheit besteht darin, daß eine unveränderliche Abgabe[13]) von Seiten des Emphyteuta zu entrichten bei der Emphyteusis wesentlich ist[13a]), die nur bei der gemietheten Superficies eben so vorkommt. Bei der gekauften[13b]) Superficies hingegen wird eine Abgabe nur ein einziges Mal, und namentlich in dem eben erwähnten Falle, wenn die superficiariae aedes erst zu errichten sind, gar nicht gezahlt. Nur auf diesen letzten Fall der Superficies, wo die Verpflichtung zum Zahlen eines solarii ganz wegfällt, beziehen sich folgende Verschiedenheiten. Die Bestimmung, welche bei der Emphyteusis gilt, daß der Verkauf an Personen idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem[14]) geschehen müsse, wird

---

das Objekt der Emphyteuse, z. B. durch Erdbeben zu Grunde, so kann von einem Wiederaufleben der Emphyteuse nicht wohl die Rede sein; brennt aber das Gebäude, das Objekt der Superficies, ab, so behauptet Bartolus, daß dem Superficiar stets das Recht zustehn soll, ein neues Gebäude iure superficiario zu errichten, womit sein Recht wieder auflebt. Vergl. Gesterding a. a. O. S. 451 . . 453. Daß ein gleiches Recht dem Superficiar, der sich erst selbst ein Gebäude, als Objekt seines Rechtes, aufführen mußte, nicht zustehe, hat Donell a. a. O. 9. 18 gründlich erwiesen.

13) Die verschiedenen Namen solarium und canon thun hier Nichts zur Sache.

13a) Lang Lehrbuch §. 210 behauptet zwar, daß der Emphyteuta nur gewöhnlich ein Pachtgeld zahle, allein ihm steht fr. 1 pr. D. si ager vectigalis 6, 3 entgegen.

13b) Donell a. a. O. Daß durch Miethe und durch Kauf die Emphyteusis entstehen kann, sagt Ulpian in fr. 1 §. 1. De superf. 43, 18.

14) c. 3 C. de iure emphyt. 4, 66. Vergl. *Cuiacius* zu dieser Stelle Opp. post. T. V p. 447.

bei dieser Art der Superficies keine Anwendung finden können. Daß ferner durch Derelikttion das Recht des Emphyteuta nicht aufhören kann, geht theils schon aus der Natur dieses Rechtes, als eines mit Verbindlichkeiten gemischten [15]), theils aber auch aus c. 3 C. de fundis patrim. 11, 61 hervor [16]). Hingegen derjenige Superficiar, welchem nicht die Pflicht ein solarium zu zahlen obliegt, kann unbedenklich durch Derelikttion sein ius superficiarium aufgeben [17]). Hiemit hängt zusammen, daß eine legirte Emphyteusis nicht ipso iure auf den Legatar übergeht [17a]); weil die Emphyteusis ihren Innehaber nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, und Niemand wider seinen Willen obligirt werden darf; eine legirte Superficies kann aber, wenn dem Legatar kein Solarium auferlegt ist, wie ein Eigenthumslegat, ipso iure erworben werden. Man kann ferner die Bestimmung hieher zählen, daß der Theilung einer jeden Superficies durchaus nichts entgegengestellt [18]), hingegen bei der Theilung eines vectigalis ager die Bemerkung gemacht wird, der Richter thue besser

---

15) c. 5 C. de O. et A. 4, 10.

16) Freilich ist diese Ansicht nicht unbestritten.

17) Thibaut ist in seinen Pandekten §. 634 derselben Meinung.

17a) Donell a. a. O. 9, 13.

18) fr. 1 §. 8. De superficiebus 43, 18. — Wenn Patrimonialgüter des Regenten oder Staatsgüter als Emphyteusen bestellt werden, so soll der reiche Emphyteuta bei Uebernahme der Emphyteusis c. 11 C. de fundis patrim. 11, 61 sein Vermögen dafür verpfänden, daß er das Gut nicht veröde; der Aermere aber soll deshalb Bürgen stellen c. 7 C. eod. Natürlich steht eine solche Sicherheit zu verlangen auch jedem Privatmanne frei. Ob dies auch für eine superficies paßt, für welche kein solarium gezahlt wird?

daran, eine Emphyteusis nicht reell (regionibus) zu theilen[19]). Aber der allgemeine Grund, welcher dafür angeführt wird, alioquin praestatio vectigalis confundetur, gilt wohl auch für eine superficies, für welche ein solarium gezahlt wird. Daher ist jene allgemein ausgesprochene Befugniß, eine Superficies mit der communi dividundo actio unbedingt, d. h. ideell und reell zu theilen, wohl nur von einer solchen Superficies zu verstehen, für welche kein solarium gezahlt wird. Endlich wird allgemein die Regel aufgestellt, daß die bei der Emphyteusis eintretenden Privationsfälle bei der Superficies keine Anwendung leiden sollen. Allein diese Regel scheint zu allgemein gefaßt zu sein. Nur Dieß ist freilich unbestreitbar, daß dem Superficiar nicht die Pflicht obliegt, dem Grundeigenthümer die Quittungen über gezahlte Abgaben einzuhändigen, Was neben der jährlichen Zahlung des Canon vom Emphyteuta verlangt wird, um im Genusse der Emphyteusis zu bleiben[19a]); so daß wegen Verabsäumung dieser Handlung keine Privation Statt finden kann. Jedoch in dem Falle, daß der Emphyteuta mit dem als Emphyteusis bestellten Grundstücke schlecht umgeht, und es deteriorirt, spricht für die Anwendung dieses Privationsfalles auf die Superficies die Ana-

---

19) fr. 7 pr. D. comm. divid. 10, 3.

19a) c. 2 C. de iure emphyt. 4, 66 . . . de reiectione eius, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem, vel publicarum functionum apochas non praestiterit. Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas tributorum domino reddiderit; volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere. Daß Beides unterlassen werden muß, um bei weltlichen Emphyteusen einer Privationsklage zu unterliegen, behauptet Lang Lehrbuch §. 213 Note d.

logie des Ususfructus[20]), des Pfandrechtes[21]) und der Pacht[22]); welche letztere auch für den zweiten Privationsfall spricht, daß, wenn der Superficiar das ihm auferlegte solarium nicht bezahlt hat, der soli dominus das Recht hat, die Aufhebung des ius superficiarium durch eine Klage zu verlangen[23]).

Viertens. Dem Emphyteuta räumt man allgemein das volle Benutzungsrecht ein, während dem Superficiar nicht immer ein so umfassendes Recht zugestanden werden kann, da das fr. 1 pr. De superficieb. 43, 18 ihm das Nutzungs-Recht nur ex lege locationis zugesteht, wiewohl nicht zu leugnen ist, daß auch bei der Bestellung der Emphyteuse eine Beschränkung der Benutzung zu verabreden den Contrahenten erlaubt sein muß. Nur findet sich ein solcher Fall in den Quellen nicht[23a]).

---

20) fr. 1 §. 3 §. 7, fr. 2, fr. 9 §. 3 D. usufr. quemadm. 7, 9; fr. 9 pr. De usufr. 7, 1. Deshalb gilt diese Regel auch wohl beim usus und bei der habitatio.

21) fr. 13 §. 1. De pign. act. 13, 7.

22) Dieß findet nicht blos bei der gewöhnlichen Pacht', arg. c. 3 C. de locato 4, 65, sondern auch bei der Zollpachtung von Seiten der publicani Statt, fr. 10 § 1 De publican. 39, 4.

23) Nach Analogie der Miethe dürfen hier, wie bei der kirchlichen Emphyteusis, nur zwei Jahre, während welcher kein solarium gezählt ist, abgewartet werden fr. 54 §. 1 D. locati 19, 2; Donell a. a. O. 9, 18.

23a) Solche leges contractus müssen aber bei der Emphyteusis schriftlich abgefaßt werden (c. 1 C. de iure emph. 4, 66, Marezoll in seiner und Linde's Zeitschrift Bd. II S. 360 ff. Bd. III S. 282) während etwaige Abweichungen von den gesetzlichen Rechtsverhältnissen bei der Superficies, z. B. über deren Vererblichkeit, nach Belieben von den Partheien schriftlich oder mündlich verabredet werden können.

Fünftens. Es ist bereits[24]) nachzuweisen versucht, daß dem Emphyteuta nicht geradezu das Recht versagt werden kann, das Gut auch mit solchen Servituten zu beschweren, wodurch die Substanz des Gutes deteriorirt werde, wenn er nemlich, trotz Dem durch die übrigen Meliorationen das Gut auf eine höhere Stufe der Cultur bringt. Diese Ansicht läßt sich aber bei der Superficies aus faktischen Gründen nicht anwenden. Denn weil hier die ganze Sorge und die ganze Berechtigung auf ein einziges Gebäude beschränkt ist, so wird, wenn der Superficiar dem Nachbar z. B. ein ius tigni immittendi einräumt, wodurch das dienende Gebäude leidet, dieser Nachtheil faktisch nicht durch andere Vortheile, die er dem Hause schafft, aufgewogen werden können, und man daher wegen dieses faktischen Verhältnisses dem Superficiar ohne Ausnahme nur das Recht zugestehen können, bloß solche Servituten aufzulegen, wodurch das Gebäude nicht deteriorirt wird; obschon fr. 1 §. 9 De superfic. 43, 18 ganz allgemein von der Berechtigung des Superficiar, Servituten aufzulegen, als von Etwas ihm Erlaubten, spricht.

Sechstens. Von einem ius protimiseos ist zwar bei der Emphyteusis, nirgends aber bei der Superficies die Rede, daher auch dieses Recht des Eigenthümers gegen den Superficiar geleugnet werden muß, und dem Superficiar auch nicht die Pflicht auferlegt werden kann, dem Eigenthümer die bevorstehende Veräußerung anzuzeigen[25]).

---

24) v. Buchholtz Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen Römischen Rechtes. Berlin 1831. 8. Abhandlung 18. S. 199 ff. Vergl. *Donellus* Commentarii lib. 9. cap. 18.

25) Allgemein heißt es, daß, wenn das Gut an den dominus emphyteuseos zurückfällt, die ohne seine Einwilligung vom Emphyteuta bestellten iura in

Siebentens. Dem Superficiar steht außer seiner dinglichen Klage noch ein eigenthümliches possessorisches Rechtsmittel, das de superficiebus interdictum zu [26a]), während für die Emphyteusis, als ein civiles Institut, der Prätor nicht noch besonders gesorgt hat [26b]). Dagegen steht dem Emphyteuta wegen seiner Contractsverbindlichkeit eine besonders benannte Klage, die emphyteuticaria actio zu, während der dominus soli gegen den Superficiar dieserwegen keine besonders benannte Klage hat.

Achtens. Die Klage aus der Emphyteusis ist eine Civil-Klage [27]), die aus der Superficies eine prätorische [28]).

---

re erlöschen. Allein diese Regel kann dann nicht gelten, wenn das Gut protimiseos iure an den Eigenthümer zurückgefallen ist. Denn da der Eigenthümer hier nur an die Stelle des meistbietenden Käufers tritt, so kann er auch nicht mehr Rechte für dasselbe Geld erlangen, als der Käufer der Emphyteuse bekommen haben würde, den er verdrängt hat, und darum muß er die bestehende Servitut anerkennen. Dagegen kann auch nicht fr. 31 De pign. 20, 1 angeführt werden. Denn in dem daselbst hervorgehobenen Falle war die Emphyteusis nur unter einer Resolutivbedingung erworben, mit deren Eintritt natürlich auch die vom Emphyteuta bestellten iura in re ihr Ende erreichen mußten. Mühlenbruch sagt daher mit Recht a. a. O. §. 299. Quod si ex lege constitutionis ad dominum res reversa sit, sponte exstinguuntur iura aliorum in commodum rei imposita.

26a) fr. 1 pr. De superfic. 43, 18.

26b) Das interdictum de loco fruendo, wenn es für die Emphyteuse angewendet werden kann (v. Tigerström über das frühere Verhältniß des Rechtes am ager vectigalis. Greifswald 1828. 8. S. 47), ist doch nicht für dieses Rechtsverhältniß eingeführt.

27) fr. 1 §. 1 D. si ager vectigalis 6, 3; *A. Faber* Error. pragm. Decas 63 Error. 9.

28) fr. 73 . . 75 De rei vind. 6, 1; fr. 1 pr. De superf. 43,

Neuntens. Als Verschiedenheit zwischen beiden Rechtsinstituten kann auch die genannt werden, daß der neue Erwerber der Superficies niemals ein sogenanntes laudemium zu zahlen hat, während diese Pflicht dem Singularsuccessor in eine Emphyteusis dann obliegt, wenn der Eigenthümer persönlich, oder schriftlich, oder durch eine gerichtliche Erklärung die Zulassung des neuen Emphyteuta ausgesprochen hat[28a]).

Zehntens. Die Form des Erwerbes durch Vertrag kann bei der Emphyteusis und der Superficies verschieden sein. Der Contractus emphyteuticarius war perfekt und klagbar im Augenblick des Consenses der Contrahenten. Er galt seit Zeno als eine eigene obligatio, quae solo consensu contrahitur, mochte der Contract für Geld als Kauf, oder für eine andere Sache als Tausch, oder im Falle eines ganz unverhältnißmäßig kleinen oder großen Canons als Schenkung zu Stande ge-

---

18. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

28a) Läßt der Eigenthümer es an dieser Thätigkeit fehlen, so darf kein Laudemium gezahlt werden c. 3 C. de iure emphyt. 4, 66 ... novum emphyteutam in possessionem suscipere, non per conductorem, vel per procuratorem, sed ipsos dominos per se, vel per literas suas, vel, si hoc non potuerint, vel noluerint, per depositionem... Et ne avaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent: non amplius eis liceat pro subscriptione sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii, vel aestimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere. Si autem novum emphyteutam, vel emtorem meliorationis suscipere minime dominus maluerit, et attestatione facta intra duos menses hoc facere supersederit: licere emphyteutae etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius, vel emphyteumata transferre. *Donellus* Commentarii lib. 9 cap. 14.

kommen sein [29]). Hingegen bei der Superficies war ein solcher eigenthümlicher Contract nicht vorhanden. Es konnte eine Superficies zwar auch durch Kauf, also durch eine obligatio quae solo consensu contrahitur, erworben werden, aber alsdann war doch nicht gleich durch die Uebergabe, wie bei der Emphyteusis, das ius in re erworben, sondern nur erst im Momente des bezahlten oder creditirten Kaufpreises. Im Falle eines Tausches war der Contract über eine superficies erst durch die einseitig erfolgte Uebergabe klagbar, während der Contract über eine Emphyteusis augenblicklich im Falle des perfekt gewordenen Consenses eine Klage erzeugte. Die Schenkung einer Superficies galt gar nicht als Contrakt, sondern, wie eine gewöhnliche Schenkung, als legitimum pactum. Hiemit hängt eine bei der Schenkung freilich nur nach vorjustinianeischem Rechte zu machende Bemerkung zusammen. Bis auf Justinian war keine ohne Stipulation eingegangene Schenkung klagbar. Wenn nun aber seit Zeno vor Justinian eine Emphyteusis ohne die Förmlichkeiten der Stipulation, und zwar zu einem so bedeutend hohen oder niedrigen Preise bestellt wurde, daß darin eine Schenkung lag, so war im Augenblicke des Consenses die Klagbarkeit der Schenkung, und die civile Nothwendigkeit des Schenkenden, die Tradition der Emphyteusis zu vollziehen begründet, während in allen übrigen Fällen der Schenkung, also auch bei der Schenkung einer Su-

---

29) Hugo fünftes heutiges Recht §. 73 »Bei der Entstehung dieses Rechtes ist nicht immer ein Emphyteutcontract nöthig. Zu weit geht wohl der Recensent von Hartitzsch Privatrecht in der Leipz. Lit. Zeitung. 1832. № 126 S. 46 wenn er sagt: der emphyteutische Contract ist keineswegs ein Consensualcontract.

perficies, diese Klagbarkeit bis auf Justinian nicht Statt fand sondern erst durch diesen Kaiser begründet wurde.

Eilftens. Es ist eine meistens übergangene Eigenheit bei der Emphyteusis, die wohl nicht auf die Superficies Anwendung leiden kann, daß die Schuld der Vormünder den Mündeln nicht schadet, indem nur Jene zur Strafe und zum Schadensersatze gezogen werden, wenn sie die jährlichen Abgaben zu entrichten versäumen. In diesem Falle darf gegen die Mündel die Strafe der Privation nicht vollzogen werden [30]).

Zwölftens. Der Emphyteuta ist verpflichtet, das praedium emphyteuticum wenigstens in demselben guten Zustande zurückzuliefern, wie er es bekommen; dagegen der Superficiar wird sicher zu Hauptreparaturen nicht gezwungen werden können, wenn, beim Ende der Superficies, das Gebäude durch Alter oder ohne des Superficiars Schuld herbeigeführte Zufälle um vieles schlechter als beim Beginne des ius superficiarium war [31]).

Dreizehntens. Bei der Superficies ist es zum Wesen derselben nicht nöthig, daß sie auf eine längere Zeit eingegangen sey, wie bei der Emphyteusis. Das de superficiebus interdi-

---

30) c. 2 C. de fundis patrimon. 11, 61. Patrimonialis fundi pensitationem, seu aurariam, seu frumentariam intra tempus omissam, minorum dominio non nocere praecipimus, nec ad fraudem iuris eorum accedere, si quod solemniter debetur, paulo serius inferatur, ita tamen, ut permanente substantia parvulorum, iudex tutorem vel curatorem, per quem differtur illatio, negligentiae suae et deserti officii poenas exigat, et damna deplorare compellat.

31) Wohl ohne allen Grund behauptet *Walch* Introd. in controv. iur. civ. Sect. III cap. 4 membr. 4 §. 2, daß die Melioration eines Grundstückes nur bei rusticis praediis möglich sey.

ctum giebt der Prätor ohne Rücksicht auf die Dauer der Zeit, die in rem actio aber nur, wenn Kauf oder Miethe auf längere Zeit die Superficies eingeräumt hat[32]).

Außer diesen hier angegebenen, wohl begründeten, Unterschieden, sind noch ein Paar mit Unrecht postulirte Verschiedenheiten abzuweisen. Dahin gehört der von den meisten Neuern postulirte Unterschied, daß der Emphyteuta den Besitz, der Superficiar den Quasibesitz habe[33]). Ferner die Behauptung einiger Juristen[34]), daß die Emphyteusis durch Verjährung erworben werde, was bei der zu deutlichen Aeußerung von fr. 26 De usurp. 41, 3 hinsichtlich der Superficies anzunehmen unmöglich war. Allein auch bei der Emphyteusis ist die Usukapion als unmittelbarer Erwerbmodus derselben nach richtigen Grundsätzen auszuschließen[35]). Eher könnte man noch den Unterschied aufstellen, daß bei der Emphyteusis der Eigenthümer häufiger eine juristische Person sein wird, als bei der Superficies; und daß die Eintheilung in eine ecclesiastica und secularis emphyteusis der superficies fremd ist. Endlich gehört dahin die früher nicht seltene Behauptung, daß zwar die Superficies kein Eigenthum begründe, wohl aber die Emphyteusis. Allein schlagendere Gründe als die von Thibaut[36]) aufgestellten, daß die Emphyteusis ein ius in re

32) fr. 1 pr. §. 3 De superfic. 43, 18; *Donellus* Commentarii lib. 9 cap. 16.

33) Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist bereits nachzuweisen versucht von Buchholz Versuche S. 83 ff.

34) Z. B. von Hellfeld Iurispr. forensis. §. 609.

35) Vergl. Zimmern Römischrechtliche Untersuchungen S. 127 ff.; Unterholzner Gesammte Verjährungslehre §. 239 Bd. II S. 250 ff.

36) Civilistische Abhandlungen № XI.

aliena sey, lassen sich nicht auffinden. Eben so ist auch die Ansicht von Heise[37]), daß zwar die Emphyteusis eine ius in re aliena, aber die Superficies eine Art Eigenthum sey, wegen fr. 2 De superf. 43, 18[38]) zu verwerfen.

37) System des gemeinen Civilrechts Buch 2 Cap. 4 Note 1.

38) Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et naturali iure eius est, cuius et solum.

Sechs und zwanzigste Abhandlung.

Ueber den Begriff des possessionis furtum *).

Das possessionis furtum wird ziemlich übereinstimmend

*) Seitdem ich zu dem Vorsatze veranlaßt war, eine in der neuesten Zeit von Marezoll im Archiv für die civilistische Praxis Bd. VIII S. 284 über das possessionis furtum aufgestellte Ansicht auszuführen, war meine Mühe vergeblich, die Monographieen über den Diebstahl von Erhard und Salchow zu erhalten; doch scheint wenigstens der Letztere nach seiner Note 2 angeführten Darstellung von der gewöhnlichen Ansicht sich nicht entfernt zu haben. Durch eine ganz fehlerhafte Darstellung dieser Lehre soll sich, wenigstens nach dem Zeugniß von Klien, (Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls Bd. I. 1806. 8. S. 108 Note o) auszeichnen *Triller* (resp. *Voigt*) de variis furtorum generibus. Vitebergae 1785.

von unsern Civilisten [1]) und Criminalisten [2]) dahin erklärt, daß es derjenige Fall sey, wenn der Dieb seine eigene bewegliche

---

1) Glück Commentar Bd. XIII S. 223 Note 10; Höpfner Commentar §. 1025 nebst der Note* von Weber; Zachariä Institutionen S. 787; Bucher Pandekten §. 134 Note i; Derselbe Recht der Forderungen §. 125 S. 432; Wening gemeines Civilrecht §. 292 Note s; Seuffert Pandekten §. 396 Note 5; Mackeldey heutiges Römisches Recht §. 446 Note f; Unterholzner Verjährung Bd. I §. 65 S. 213; Valett Pandekten §. 610 № 1 a. E.; Wie derselbe Jurist bei seiner Erklärung eine possessionis rapina aufstellen kann, scheint unbegreiflich, da ja eine rapina an eigener Sache unmöglich ist; (Auch nach unserer Erklärung läßt sich keine possessionis rapina denken); *Warnkönig* Comm. iur. Rom. lib. III cap. III T. II p. 407, 408. Lang Lehrbuch der Institutionen §. 306 giebt eine ganz eigenthümliche, durch nichts unterstützte Erklärung: daß es nemlich gleichgiltig sei, ob der Besitz »einer fremden oder eigenen Sache« widerrechtlich entzogen sey. Hartitzsch Römisches Privatrecht S. 660, 661; Schweppe das römische Privatrecht Bd. III §. 552.

2) Klien a. a. O. S. 121 „furtum rei propriae oder possessionis, Besitzdiebstahl kann nur von dem Eigenthümer begangen werden, wenn er einem Andern den diesem zustehenden rechtlichen oder Civilbesitz der Sache entzieht. Roßhirt Lehrbuch des Criminalrechtes. Heidelberg. 1821. §. 167 № 3 S. 367; Derselbe (Neues Archiv des Criminalrechts Bd. III № 4 S. 57) beschränkt den Begriff auf den einzigen Fall, wenn der Eigenthümer dem Pfandgläubiger den Besitz der verpfändeten Sache entzieht; C. G. Wächter Lehrbuch des Strafrechts Bd. II. Stuttgart 1826. §. 188 Note 46 S. 275 sagt: es sind »Entwendungen von Seiten des Eigenthümers der Sache;« Henke Handbuch des Criminalrechts Bd. II Berlin 1826 §. 141. c. S. 392. »Eine solche Besitzentwendung begeht der Eigenthümer an seiner eigenen Sache«; Martin Lehrbuch des Criminalrechts, 2te Ausgabe. Heidelberg 1829. §. 142. Note 11 S. 325. Die gewöhnliche Ansicht haben auch Ketelhodt de consummatione delictorum Comm. praemio ornata Gottingae 1828. 4

Sache aus dem fremden rechtlichen Besitz entwende. Fast alle Criminalisten nehmen nun aber auch als eine ausgemachte Sache es an, daß das possessionis furtum kein eigentlicher

---

p. 59 cap. 3 „de possessionis, sive rei propriae, furto" und Hube De furtis doctrina Warschau 1828. 8. p. 124, und alle ältere Criminalisten z. B. *A. Matthaeus* de criminibus Coloniae 1715. 4. p. 42. Nur scheinbar umfassender ist die Erklärung von Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechtes. Neunte Ausgabe. Giessen 1826. §. 313. III. »Der Eigenthümer oder Civilbesitzer selbst begeht an eigener Sache die Besitzentwendung, wenn er eigennützig einem Andern den Naturalbesitz entfremdet, wozu derselbe wegen eines dinglichen oder Retentionsrechtes befugt ist.« Denn aus den in Note c angeführten Beweisstellen (§. 10 I. de obl. quae ex del. fr. 36 De pignerat act. fr. 15, fr. 19 §. 5, 6, fr. 20, fr. 53 §. 1, fr. 59, fr. 66 De furtis) geht hervor, daß er unter dem Civilbesitzer nur den Pfandleiher, mag er Civil-Eigenthümer oder nur bonae fidei possessor sein, im Gegensatze des Pfandinhabers versteht. Eigenthümlich drückt sich Salchow Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen Bd. II. Jena 1805 §. 287 Note* aus. Er sagt »Diese Besitzentwendung geschieht, wenn entweder der Naturalbesitzer sich widerrechtlich den Civilbesitz der Sache (die beiden folgenden Worte müßten zum leichtern Verständniß fortbleiben) eines Andern zueignet, oder umgekehrt der Civilbesitzer eigenmächtig dem Naturalbesitzer seinen Naturalbesitz entzieht.« Allein die beiden letzten seiner drei Beweisstellen: fr. 15 pr., fr. 19 §. 6 und fr. 20 §. 1 De furtis 47, 2, zeigen, daß er auch die erste Stelle von einem Diebstahle des Schuldners gegen den Pfandinhaber verstanden, daher mit diesen Worten nur das suae rei furtum, und den Eigenthümer im Gegensatze des Pfandgläubigers, des bonae fidei Besitzers oder Fruktuars, mit dem Namen eines Civil- und Naturalbesitzers bezeichnet habe. Schrader endlich in seiner Ausgabe des Corpus iuris zum §. I. de obl. quae ex del. 4, 1 ist der Meinung, daß die Römer den Ausdruck possessionis furtum vielleicht in einer zwiefachen Bedeutung, in der hier vertheidigten und in der jetzt gangbaren gebraucht hätten.

Diebstahl sey[3]); und allerdings muß man den Gründen dieser Behauptung beistimmen, sobald man darüber sich vereinigt hat, daß die gegebene Erklärung die richtige ist. Es soll nun aber die Aufgabe der nächsten Blätter sein, die angegebene Erklärung des possessionis furtum als unrichtig nachzuweisen, und ihr eine richtigere zu substituiren. Nothwendig scheint es demnächst, einzeln die Stellen durchzugehen, welche wir zur Begründung dieser Ansicht nicht sparsam bei Civilisten und Criminalisten angegeben finden, ohne uns durch die große Zahl derselben abschrecken zu lassen[4]), und sodann den Beweis für die hier aufzustellende Begriffsbestimmung zu liefern.

Eine Menge von diesen Stellen enthält nur einen Beleg für die Behauptung, welche das fr. 85 De furtis 47, 2 so ausspricht: Is, cuius interest non subripi, furti actionem habet. Aus diesem Grunde wird im §. 17 I. de obl. quae ex del. 4, 1 dem Schneider und Walker diese Klage gestattet, wenn die Kleider, welche sie zur Besorgung hatten, gestohlen sind. Aus demselben Grunde wird im §. 18 I. eod. dem

3) Man vergl. Klien a. a. O. S. 230...241, und die ebendaselbst S. 240 Note 5 angeführten Schriftsteller.

4) Am richtigsten und zugleich am eigenthümlichsten ist ihr Verzeichniß bei Mackeldey a. a. O. Note f. Doch läßt sich dasselbe noch bedeutend vermehren. Am häufigsten werden angeführt: §. 10 §. 14 I. de obl. quae ex del. 4, 1; fr. 36 pr. De pignerat. 13, 7; fr. 12 §. 2, fr. 15 §. 1 und 2, fr. 19 §. 5 §. 6, fr. 20, fr. 53 §. 4, fr. 59, fr. 66 pr. De furtis 47, 2; Gaius III, 200; seltener: §. 16..18 I. eod.; fr. 16 De cond. furt. 13. 1; fr. 3 §. 18 De adq. rer. dom. 41, 2; fr. 49 De usurp. 41, 3; fr. 36 §. 1 De pign. act. 13, 7; fr. 14 §. 3...7, fr. 15 pr., fr. 40, fr. 46 §. 1...4 §. 6, fr. 52 §. 7, fr. 66 §. 1, fr. 67 pr., fr. 71 pr., fr. 73, fr. 85 De furtis 47, 2.

Commodatar, im fr. 66 §. 1 De furtis 47, 2 [5]) dem durch ein Legat gewordenen Eigenthümer der Sache, im fr. 46 §. 1 D. eod. dem Fruktuar, im fr. 46 §. 3 D. eod. dem Usuar, im fr. 46 §. 4 D. eod. dem Pfandkreditor die furti actio zugesprochen; während sie ganz consequent eben deßhalb dem Depositar in fr. 14 §. 3 und 4 D. eod. abgesprochen wird. Hierher gehört auch der Fall, welchen Paulus in fr. 20 §. 1 D. eod. erwähnt. Es hat Jemand bona fide eine dem Verkäufer nicht gehörige Sache gekauft, und die Sache wird ihm gestohlen. Hier ist bei einem gegen ihn verübten Diebstahl die furti actio für ihn begründet, selbst wenn der civile Eigenthümer sie ihm entwendet hat. Das fr. 40 D. eod. [6]) und das fr. 16 De cond. furt. 13,1 [7]) haben sich durchaus nur hierher verirrt, indem darin ja nur vom usus furtum eines Commodatars oder Depositars die Rede ist [8]). Eben so wenig von einem Diebstahle des Eigenthümers, sondern von einem gegen den Eigenthümer begangenen Diebstahle des Fruk-

---

5) Feuerbach citirt wohl nicht ganz richtig das ganze fr. 66.

6) Qui iumenta sibi commodata longius duxerit, alienave re (Der Vorschlag von *Leunclavius* Notator. lib. II cap. 103 in *Otto* Thesaurus T. III p. 1526: aliamve ad rem zu lesen, welchen auch *Leoninus* Emend. V, 10 billigt, hat alle Handschriften der Digesten und die Basiliken gegen sich), re invito domino usus sit, furtum facit bei Mackeldey a. a. O.

7) Qui furtum admittat vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur bei Henke a. a. O. und bei Klien a. a. O. S. 127 Note g.

8) So versteht das Fragment auch Guyet in seinen Abhandlungen, Heidelberg 1829. S. 153, Note 15, wiewohl derselbe die gewöhnliche Ansicht über das possessionis furtum theilt.

tuars, des Pfandgläubigers, des Depositars und des Commodatars, handeln fr. 46 §. 6, fr. 52 §. 7, fr. 14 §. 5 . . 7, fr. 67 pr., fr. 71 pr. und fr. 73 D. eod.

Die Stellen endlich, in welchen von einem furtum des Eigenthümers an der verpfändeten Sache die Rede ist: § 16 I. de obl. quae ex del. 4, 1, fr. 49 De usurp. 41 3, c. 6 C. de usucap. 7, 26, fr. 12 §. 2, fr. 19 §. 5 und 6, fr. 20 pr. De furtis 47, 2 und fr. 36 pr. De pign. act, 13, 7 [9]) können für den Begriff vom possessionis furtum gar nicht benutzt werden, weil dieser Fall bei Justinian [10]), so wie bei Gajus [11]), suae rei furtum genannt wird [12]), also zu einer andern Art des Diebstahls, zum rei furtum, nicht zum possessionis furtum gehört. Da nun in diesem Falle, wo dem Pfandgläubiger wirklich possessio zusteht, und demselben durch den

9) Daß Feuerbach nicht blos das Principium dieser Stelle, sondern das ganze fr. 36, also auch den §. 1 desselben citirt, ist wohl nur ein Versehn, da dieser §. gar nicht vom furtum, sondern vom Stellionat handelt.

10) §. 10 I. de obl. quae ex del. 4, 1. Aliquando et suae rei furtum quisque committit; veluti, si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.

11) Gaii Inst. III §. 200. Aliquando etiam suae rei furtum quisque committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit, vel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subripuerim. Unde placuit eum, qui servum suum, quem alius bona fide possidebat, ad se reversum celaverit, furtum committere.

12) Roßhirt a. a. O. S. 75, 76. — Das beim furtum häufig postulirte Requisit einer fremden beweglichen Sache ist daher unrichtig, und findet sich auch nicht in der Römischen Definition des furti.

Diebstahl entzogen ist [13]), kein possessionis furtum nach den Quellenzeugnissen existirt, so müssen wir um so mehr in denjenigen Fällen an der Richtigkeit des Begriffes zweifeln, wo von einem Diebstahl des Eigenthümers gegen den Usufruktuar [14]), oder gar gegen den Commodatar die Rede ist, weil in diesen Fällen ja die possessio entweder zum Theil [15]) oder ganz bei dem Eigenthümer zurückgeblieben war, und er diese also nicht, sondern nur detentio nach der Ansicht Aller stehlen konnte [16]). Auch wird in den Stellen, wo hiervon die Rede ist, ja nicht einmal unbedingt dem Commodatar die furti actio gegen den Eigenthümer gestattet, was doch nothwendig wäre, wenn wirklich schon durch das widerrechtliche Entziehen des rechtmäßigen Gebrauches [17]) ein furtum begründet wäre, sondern nur dann, wenn der Commodatar wegen Verwendungen für die geliehene Sache an derselben ein Pfandrecht erworben

---

13) Nothwendig darf auch dieser Fall nicht immer darin bestehn, daß der Eigenthümer dem besitzenden Pfandgläubiger selbst die verpfändete Sache entwendet, sondern der Eigenthümer kann die als specielle Hypothek bestellte Sache auch heimlich und widerrechtlich verkauft, und dadurch dem Pfandgläubiger die Erlangung des Besitzes vereitelt haben. Henke a. a. O. fr. 19 §. 6, fr. 66 pr. De furtis 47, 2.

14) fr. 15 §. 1, fr. 20 §. 1 D. eod.

15) Vergl. v. Buchholtz Versuche S. 93.

16) Guyet Abhandlungen S. 154 Note 16 spricht von einem besondern detentionis furtum. Dieß scheint auch zum Theil die Ansicht Roßhirt's (Neues Archiv für Criminalrecht Bd. III. № 4 S. 76) zu sein, indem er die Unmöglichkeit des possessionis furti gegen den Sequester und den precario Besitzenden von Seiten des Eigenthümers nachweist.

17) Man könnte daher hier vielleicht ein usus furtum annehmen. Vergl. Roßhirt a. a. O. S. 77 Note 11[a].

hatte[18a]). Weil dieses Pfandrecht[18b]) bestehe, will nun hier Roßhirt ein possessionis furtum begründet finden. Allein diese Behauptung läßt sich wohl nicht rechtfertigen, sondern wohl nur darum wird hier die furti actio gestattet, weil alle diese vom Fruktuar und Commodatar entlehnten Fälle nur Anwendungen der im Eingange besprochenen Regel: is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, sind, und es für die Anstellung dieser Klage ganz gleichgiltig ist, ob der Eigenthümer oder ein Dritter als Dieb erscheint, weshalb auch in einigen Stellen[19]) der Dieb gar nicht näher be-

---

18a) fr. 15 §. 2. Sed eum, qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis. Ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem; quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit; fr. 59. Si is, qui rem commodasset, eam rem clam abstulisset, furti cum eo agi non potest; quia suum recepisset, et ille commodati liberatus esset. Hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendo causas is, cui commodata res erat, habuit. Nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius, potius per retentionem eas servare, quam ultro commodati agere; ideoque furti actionem habebit. De furtis 47, 2.

18b) Richtiger ist es, nur ein Retentionsrecht hier anzunehmen, wie fr. 59 cit. sagt, denn die geliehene Sache ist ja nach fr. 15 §. 2 D. eod. nur quasi pignoris loco.

19) fr. 14 §. 5 . . . 7, fr. 15 pr. De furtis. Die letzte Stelle verstehen Salchow und Feuerbach a. a. O. so, als ob hier ein suae rei furtum vorliege, allein die letzten Worte dieses Principii (Creditoris, cuius pignus subreptum est, non creditotenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest; sed et pigneratitia

zeichnet wird. Sehr ähnlich ist der Fall, welchen Paulus in fr. 53 §. 4 De furtis erzählt[20]). Jemand hat meine Sache dem Titius geschenkt; ich stehle sie diesem. Hier hat dann nur gegen mich Titius die furti actio, wenn er wegen verwendeter Kosten auf die Sache gegen die Vindikation derselben sich durch Retention hätte schützen können.

In den beiden bereits (Note 18) mitgetheilten Stellen glaubt v. Savigny[21]), daß vom possessionis furtum gesprochen werde, und hält daher dieses furtum auch gegen solche Personen für möglich, welche keinen juristischen Besitz haben. Sobald sich aber zeigen läßt, daß der Beweis, welchen v. Savigny für die erste Behauptung giebt, nicht für zureichend gelten kann, so muß auch der darauf gebaute Folgesatz wegfallen. Savigny sucht nämlich zu beweisen, daß hier weder ein usus noch ein rei furtum vorliege, und folgert daraus, daß hier von einem possionis furtum die Rede sein müsse. Allein nur so viel steht fest, daß hier kein usus furtum vorliegt. Die Behauptung hingegen, es könne »kein furtum rei sein, weil es vom Eigenthümer selbst geschieht,« ist unrichtig, da ja die Institutionen[22]) ganz ausdrücklich von einem suae rei furtum sprechen. Ein solches müssen wir nun unzweifelhaft hier annehmen. Dem zu Folge läßt sich aus diesen Stellen Nichts über den Begriff

---

actione id quod debitum excedit, debitori praestabit) zeigen doch wohl deutlich, daß hier der Eigenthümer als eine dritte von den bei der furti actio vorkommenden Partheien verschiedene Person gedacht werden muß.

20) Hierin wollen Wening, Martin und Wächter a. a. O. Note 46[b] auch ein Beispiel für das possessionis furtum finden.

21) Das Recht des Besitzes. Fünfte Ausgabe. S. 78, 79. Note 2.

22) Vergl. Note 10 und 11 oben.

des possessionis furtum entnehmen, weil in ihnen von demselben gar nicht die Rede ist[23]). Endlich wird in keiner der genannten Stellen vom possessionem subripere gesprochen, sondern wir lesen im Gegentheil bei Gelegenheit eines gegen den Usufruktuar verübten Diebstahles von einem dominus, qui rem subripuit[24]), so daß daher auch hier, und nicht bloß beim Diebstahl des Eigenthümers gegen den Pfandcreditor ein suae rei furtum angenommen werden muß.

Nahe verwandt mit diesem Begriffe des suae rei furtum ist der Fall, welchen wir in fr. 45 De furtis[25]) und in fr. 45 D. pro socio 17, 2[26]) lesen. Hier nemlich entwendet ein Miteigenthümer eine gemeinschaftliche Sache. Dieß wird als furtum angesehen, und man darf dieß „communis rei furtum"[27]) gleichsam als die Mittelstufe zwischen suae und alienae rei furtum betrachten[28]).

---

23) Aus denselben Stellen hat Guyet sich a. a. O. (Note 15) den Begriff eines detentionis furtum abstrahirt.

24) fr. 15 §. 1. De furtis 47, 2. Dominus qui rem subripuit, in qua ususfructus alienus est, furti usufructuario tenetur.

25) Ulpianus libro XLI ad Sabinum. Si socius communis rei furtum fecerit, potest enim communis rei furtum facere, indubitate dicendum est, furti actionem competere.

26) Ulpianus libro XXX ad Sabinum. Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam, dolove malo amovit, vel rem communem celandi animo contrectet; sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera actio alteram tollet. Idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum est. Bis idem sind gewiß Worte des Sabinus. Von da an spricht Ulpian.

27) Wening a. a. O. zählt, trotz des ausdrücklich entgegenstehenden Quellen-Zeugnisses, diesen Fall zum possessionis furtum.

28) Feuerbach a. a. O. §. 315 Note b. und Schweppe a. a. O.

Nachdem nun auf solche Weise die Unhaltbarkeit der gewöhnlichen Erklärung vom possessionis furtum nachzuweisen versucht ist, fragt sich natürlich, welche Erklärung wir derselben substituiren. Unsere Rechtsquellen stellen nirgends eine Definition von dieser Art des Diebstahls auf; allein ein Mitarbeiter an den Institutionen, der oft verkannte Theophilus, giebt statt einer Erklärung, folgende Beispiele davon: wenn ich Dasjenige, was mir als Faustpfand oder zur Aufbewahrung hingegeben ist, wie ein Eigenthümer besitze [29]. Ganz verschieden sind also die hier für diesen Begriff aufgestellten Fälle von denen, welche die Neuern dahin zählen. Denn nicht der Eigenthümer begeht diesen Diebstahl, sondern gegen den Eigenthümer wird er verübt. An Beispielen für die von Theophilus angeführten Fälle fehlt es nicht [30], worunter denn auch

---

§. 552 Note 8 bejahen für das gemeine Recht die Existenz eines Diebstahls an gemeinschaftlicher Sache; Klien a. a. O. S. 272 . . 278 leugnet sie.

29) Paraphrase zum §. 1 I. de obl. quae ex delicto 4, 1: *περὶ χρῆσιν δὲ, οἷον ἐὰν τὸ δοθὲν μοὶ ἐπὶ τῷ χρήσασθαι πρὸς μιᾶς ἡμέρας περαίτερω κρατήσω, περὶ νόμην δὲ, ὅτε τὸ δοθὲν μοὶ ἐπὶ τῷ νέμεσθαι ὡς ἐνέχυρον ἢ ὡς δεπόσιτον νέμομαι ὡς δεσπότης.* Ganz ebenso lautet das Scholion zum fr. 1 Basilicorum lib. LX tit. 12 de furtis; nach Fabrot's Ausgabe Tom. VII S. 315 Note f.

30) Vom Pfandinhaber, welcher widerrechtlich das Pfand zurückbehält, oder widerrechtlich veräußert, handeln fr. 73 und fr. 52 §. 7 De furtis 47, 2; und namentlich sind Beispiele nicht selten, daß der Depositar die Sache, die er inne hatte, sich widerrechtlich zueignet: fr. 1 §. 2, fr. 67 pr. De furtis 47, 2; fr. 3 §. 18. De adq. vel am. poss. 41, 2; fr. 29 pr. Depositi 16, 3; c. 3 C. eod. 4, 34. Daß in dieser Stelle (Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis; cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium. Si quidem, qui rem depositam invito domino sciens

eine Stelle durch den Ausdruck[31]) den Begriff des possessionis furtum rechtfertigt. Andere Beispiele kann man vom Fruktuar[32]) und vom Commodatar[33]) analog entlehnen, wenn diese eigenmächtig sich Eigenthums-Besitz anmaßen. Ganz vorzüglich zahlreich aber sind die Fälle, in welchen Jemand, der zu einem bestimmten Auftrage Geld erhalten, dieses zu seinem Nutzen verwendet[34]); und mit diesen sehr nahe verwandt sind die Fälle endlich, wo Tutoren oder Curatoren Sachen veruntreuen[35]).

Darnach scheint der Begriff des possessionis furtum sich dahin feststellen zu lassen: Derjenige begeht ein possessionis furtum, welcher zwar im Besitze einer beweglichen Sache sich befindet, aber nicht in einem solchen, der mit allen juristischen Wirkungen versehen ist[36]), und sich wider sein besseres Wissen in habsüchtiger Absicht einen Besitz mit vollen juristischen Wirkungen durch eine äußere Handlung zueignen, also seine De-

---

prudensque in suos usus convertit, etiam furti delicto succedit) kein usus furtum anzunehmen sey, indem ein solches nur an Sachen, quae ipso usu non consumuntur, möglich ist, hat bereits Klien a. a. O. S. 120 gezeigt. S. Henke a. a. O. S. 391 a. E.

31) possessionem eius apiscatur intervertendi causa in fr. 67 pr. De furtis 47, 2.

32) fr. 46 §. 6 D. eod.

33) fr. 71 pr. D. eod.

34) fr. 43 §. 1, fr. 25 §. 16 D. eod.; c. 7 C. eod. 6, 2; fr. 22 §. 7 D. mandati 17, 1; fr. 25 De donat. 39, 5.

35) fr. 33. De furtis 47, 2; fr. 1 §. 22. De tutelae et ration. 27,3.

36) Unter Besitz muß hier natürlich auch bloße Detention verstanden werden.

tention oder seinen Interdiktsbesitz in Usukapionsbesitz [37]) corpore et animo verwandeln will [38]). Nimmt man diese Definition für richtig an, so müssen wir die Frage, ob in dem possessionis furtum alle Male eine Besitzergreifung und Besitzentziehung enthalten sey, schlechterdings und ohne Ausnahme bejahen [39]). Denn theils spricht für die Nothwendigkeit der Besitzentziehung die von Ulpian mitgetheilte Aeußerung Scävolas in fr. 1 §. 15 D. si is qui testamento 47, 4: . . . Scaevola ait, possessionis furtum fieri, denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri [40]), welche nur

---

37) Verwandlung der Detention in bloßen Interdikt-Besitz genügt noch nicht zum Begriff des possessionis furtum, weil ja Theophilus verlangt, daß der possessionis fur als dominus besitze.

38) Die Absicht dabei geht nicht bloß auf die Aneignung der Vortheile des Besitzes, Unterholzner Verjährung Bd. I §. 64 S. 209, sondern auch auf die Vortheile des Eigenthums. Hier bei Unterholzner finden wir den gewöhnlichen Begriff des possessionis furtum dahin erweitert, daß auch an dem Eigenthümer ein possessionis furtum möglich sein soll, wenn der Entwender nichts weiter beabsichtigt, als sich die Vortheile der Innehabung zu verschaffen, z. B. bei widerrechtlicher und eigenmächtiger Auspfändung. Doch hat Unterholzner für diese Anwendungsfälle des possessionis furtum kein einziges Quellen-Citat beibringen können.

39) Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 212 und 214 bejaht nur in der Regel diese Frage. Klien a. a. O. S. 230 findet eine Besitzesentsetzung stets bei dem possessionis furtum, was aus der Verschiedenheit ihrer Begriffsbestimmung vom possessionis furtum folgt. Die ältern Juristen, welche über diesen Punkt streitig waren, zählt Schulting auf: Notae ad Digesta T. VII p. 199.

40) Die folgenden Worte dieses Paragraphen lauten so: Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet; quae facti est et animi: sed nec heredis est possessio, ante-

auf das possessionis furtum sich zu beziehen scheint[41]); theils wird die Nothwendigkeit der Besitzergreifung ausgesprochen in fr. 3 §. 18 De adq. vel am. poss. 41, 2[41a]) und damit im §. 19 die Regel: neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse in den genauesten Zusammenhang gebracht, welche Regel denn auch wohl schon früh[42]) einen weitern Umfang hatte, als die bloße Beziehung auf die pro herede usucapio[43]). Vielleicht war auch eben die all=

---

quam possideat; quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis: non autem fuit possessio hereditatis.

41) Durch diese Annahme ist man nicht genöthigt mit Wächter (a. a. O. Note 45[b], am Ende) in dieser Stelle älteres Recht zu suchen.

41[a]) Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere; sed si eam loco non moveris, et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non po[illegible], nec animo furtum admittatur. Vergl. *Cuiacii* Recitt. in lib. 54. Pauli ad Edictum zu diesem §. in Opp. Post. T. II. p. 456.

42) Gans Scholien zum Gajus S. 266 nennt diese Regel gewiß mit Recht eine uralte und ganz allgemeine.

43) Vergl. fr. 6 §. 3. De precario 43, 26; Gajus II, 60 und Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 239 Note 21, welcher die Anwendbarkeit dieser Regel auch auf anfängliche bloße Detenton vertheidigt; wofür noch die Regel spricht, daß Derjenige, der aus einem Vertrage belangt wird, welcher die Verbindlichkeit, eine Sache zurückzugeben, mit sich führt, dieser Verpflichtung nicht durch Berufung auf das Eigenthum an dieser Sache entgehen kann. Vergl. Weber Beiträge zu Klagen und Einreden St. 2 № 14. S. 107, Thon in Marezoll's Zeitschrift für Civilrecht Bd. I № 24 S. 473; und eben Derselbe im Rheinischen Museo Bd. IV S. 109. Die gelungenste Ausführung hierüber aber hat Gans Scholien zum Gajus S. 263 ff.

gemeine Bekanntschaft mit dieser fast sprichwörtlich gewordenen Regel[44]) Ursache, daß das possessionis furtum bei den Römern keiner Ausbildung im Detail bedurfte. Sicher existirte der Begriff von possessionis furtum schon, als man noch an Immobilien einen Diebstahl[45]) und das de clandestina possessione interdictum[46]) dabei für möglich hielt, und hatte vielleicht damals einen ausgedehntern Umfang, so daß auch die Innehaber eines vectigalis fundus und einer superficies an diesen Grundstücken ein possessionis furtum zu begehen im Stande waren[47]).

Ist der hier vertheidigte Begriff des possessionis furtum — widerrechtliche, habsüchtige, wider Willen des Eigenthümers vollführte Ergreifung einer beweglichen, von mir selbst inne gehaltenen Sache, — richtig, so ist auch die Sache, an welcher

---

44) Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 466 Z. 31 ff.

45) §. 7 I. de usucap. 2, 6; Gaii Inst. II, 51; Gellii Noctes Atticae lib. XI cap. 18 §. 13; fr. 38 De usurp. 41, 3; fr. 25 De furtis 47, 2. Gellius führt als Beispiel an, daß ein colonus des Diebstahls verurtheilt sey, qui fundo, quem conduxerat, vendito, possessione eius dominum intervertisset.

46) fr. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3.

47) So sucht v. Schröter Observationes iuris civilis Obs. IV cap. 3 nachzuweisen, daß der Streit zwischen Patriciern und Plebejern, und das Bestreben der Ersten, ihren Besitz des ager publicus in Privateigenthum zu verwandeln, die Tribunen vorzüglich zur Vertheidigung der Regel: neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse, veranlaßt habe. Gegen diese Ansicht eben so wie gegen die von Savigny erklärt sich *Smallenburg* in *Schultingii* Notae ad Digesta T. VI p. 385, 386.

dieses furtum vollzogen, als der ordentlichen Ersitzung bei den Römern entzogen anzusehen[48]).

Ueberhaupt schwindet der bisherige große Unterschied zwischen rei und possessionis furtum, der darin bestand, daß beide Begriffe als alienae und propriae rei furtum einander entgegengesetzt wurden. Dagegen lassen sich folgende beide Unterschiede derselben vertheidigen. Das possessionis furtum ist an eigener Sache unmöglich, da beim sogenannten abgeleiteten Besitze stets der Civilbesitz[49]) beim Eigenthümer zurückbleibt, selbst in dem Falle, daß dem Eigenthümer die Detention seiner eigenen Sache auf seine Bitte vom Pfandgläubiger eingeräumt ist. Das suae rei und alienae rei furtum wird sich schon in den Römischen Rechtsquellen entgegengesetzt; daß aber das usus furtum auch an eigenen Sachen denkbar ist[50]), geht aus folgendem Beispiele hervor, welches sicher nicht das Einzige dieser Art ist[51]). Wenn der Eigenthümer von seinem Pfandgläubiger seine diesem verpfändete Sache leiht, und dieselbe ohne Erlaubniß des Pfandgläubigers weiter verleiht, so ist dieß usus furtum[52]), und zwar an eigener Sache. Ein zweiter

48) fr. 1 §. 22 De tutelae et rationibus 27, 3.

49) Savigny das Recht des Besitzes S. 109 Note 1.

50) Lang Lehrbuch der Institutionen §. 306 № 2.

51) Der Fall aber, welchen Schweppe a. a. O. §. 552 Note 8 anführt: wenn der Eigenthümer animo lucri faciendi eine speciell verpfändete Sache veräußert, gehört wohl nicht zum usus furtum, da in dem usus nicht das Recht der Veräußerung liegt, sondern zum suae rei furtum. Vergl. oben Note 13.

52) fr. 54 §. 1 De furtis 47, 2. Vergl. Klien a. a. O. S. 125 Note d.

Unterschied, der zwischen dem rei und possessionis furtum Statt findet, besteht darin, daß bei dem letztern wesentlich die naturalis possessio in der Person des Diebes schon vor dem Diebstahle vorhanden ist, während beim rei furtum auch der natürliche Besitz erst durch die contrectatio dem Diebe erworben wird.

Aus diesem letztern Unterschiede geht hervor, daß das possessionis furtum mit dem Verbrechen der Unterschlagung nach gemeinem Rechte übereinstimmt, indem der Unterschlagende ja seinen Naturalbesitz in Civilbesitz verwandelt [53]).

53) Kleinschrod Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte Th. 2 Erlangen 1798. S. 100, Tittmann Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bd. 2 §. 415 und Feuerbach a. a. O. §. 315 Note f. citiren für das Verbrechen der Unterschlagung nur Stellen, die bereits Note 27...32 für den Begriff des possessionis furtum benutzt sind. Des Letztern Behauptung eben daselbst — „die Unterschlagung gehört zwar unstreitig zum furto rei, aber Theophilus paraphras. ad §. I I. de obl. q. ex del. zieht sie zum furtum usus“ — erscheint vollkommen unbegründet. Einmal nemlich gehört die Unterschlagung nicht zum rei, sondern zum possessionis furtum; sodann verdient Theophilus den Vorwurf, die Unterschlagung zum usus furtum zu ziehen, nicht, indem derselbe (vergl. Note 29), wie aus den von ihm gewählten Beispielen hervorgeht, sie vielmehr mit dem possessionis furtum identificirt.

Sieben und zwanzigste Abhandlung.

Wem steht die furtiva condictio zu?

Mit den Worten Ulpians: In furtiva re soli domino condictio competit, beginnt in den Digesten der Titel de condictione furtiva 13, 1, und es kann daher wohl kein erheblicher Zweifel darüber obwalten, daß unter dieser condictio die furtiva condictio von Ulpian gemeint sey; auch wiederholt Ulpian diese Aeußerung ausdrücklich in fr. 14 §. 16 De furtis 47, 2 [1]). Allein wir finden bei den Neuern ganz allgemein [2]) die Behauptung, daß außer dem Eigenthümer auch

---

1) ... Condictio autem ei demum competit, qui dominium habet. *Cuiacius* in seinen Recitationes in tit. De V. S. fr. 114.

2) Thibaut Pandekten §. 965 Note k; Wening Lehrbuch §. 292 Note k; Mackeldey Lehrbuch §. 447 Note d; Glück Commentar

Derjenige, welcher die gestohlene Sache als Faustpfand besaß, diese condictio habe. Den Beweis dafür soll bald allein fr. 12 §. 2 De cond. furt. 13, 1 liefern[3]), bald wird zur Unterstützung noch fr. 22 pr. De pign. act. 13, 7 citirt[4]). Allein eine genaue Ansicht dieser Stellen widerlegt die darauf gegründete Behauptung. Das fr. 12 §. 2 cit. lautet nemlich so: Neratius libro Membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est. Diese Literär-Notiz, welche hier Ulpian giebt, hat freilich durch ihre Aufnahme in die Digesten praktische Bedeutung und Wirksamkeit erlangt. Allein es wird in ihr doch nicht gesagt, dem Pfandgläubiger stehe eine furtiva condictio bei gestohlener Sache, sondern eine incerti condictio[5]) zu, welche anerkannt von der ersten wesentlich verschieden ist[6]). Diese Stelle beweist

---

Bd. 13 §. 838 S. 222 ff.; Seuffert Pandektenrecht §. 397 Note 8; Valett Pandekten §. 612 Note 26; Bucher Pandekten §. 134 Note i; Hartitzsch Römisches Privatrecht S. 662; Schweppe Römisches Privatrecht §. 554 Note 2; Lang Lehrbuch der Institutionen §. 327 geht sogar so weit, daß er Jedem, sofern er ein Interesse dabei hat, nicht bestohlen zu werden, diese condictio einräumt. Nur Mühlenbruchs Doctrina Pandectarum §. 447 Note 4b macht hier, wie oft, eine ehrenvolle Ausnahme.

3) Vergl. Mackeldey, Seuffert, Bucher a. a. O.

4) Vergl. Glück, Wening, Valett, a. a. O.

5) Das incertum bezieht sich auf den Besitz, welcher dem Pfandgläubiger durch die Entwendung des Pfandes entzogen ist. Vergl. fr. 2 i. f. De cond. tritic. 13, 3; fr. 75 §. 3 §. 10 De V. O. 45, 1; Roßhirt Archiv für die civilistische Praxis Bd. 8 S. 25.

6) Zimmern Rechtsgeschichte Bd. 3 §. 61 a. E. und §. 62.

daher die Ansicht der Gegner nicht im Geringsten. Eben so unbeweisend ist fr. 22 pr. cit.[7]). Die Worte furti egerit creditor gehen hier nämlich unbestreitbar auf die furti actio[7a]), welche ja auch im Verlaufe dieser Stelle genannt wird; aber die condictio, welche hier der Jurist dem Pfandgläubiger giebt, soll eben die furtiva condictio sein! Doch diese hier zu suppliren verbietet derselbe Ulpian, von dem diese Stelle herrührt, mit den im Eingange angeführten Worten; und wir dürfen ja, da uns glücklicher Weise das angeführte fr. 12 §. 2 De pign. act. 13, 7 aufbehalten ist, gar nicht in Verlegenheit sein, welche condictio hier der Jurist gemeint habe, da ja in dieser Stelle ausdrücklich die incerti condictio genannt wird. Außerdem kann man noch fr. 10 §. 3 De cond. furt. 13, 1[8]) und ganz vorzüglich fr. 12 §. 5

---

7) Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur. Et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione (*Dion. Gothofredus* bemerkt hiezu, es sey die incerti condictio.) consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori, vel condictione, an debito sit imputandum, videamus? Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum. Et ita Papinianus libro nono quaestionum ait.

7a) Wie z. B. auch in fr. 45 D. pro socio 17, 2. *Schultingii* Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. III p. 379.

8) Celsus libro duodecimo Digestorum scribit, si rem furtivam pure legaverit furi, heredem ei condicere non posse. Sed etsi non ipsi furi, sed alii, idem dicendum est, cessare condictionem; quia dominium facto testatoris i. e. domini discessit.

De usufr. 7, 1[9]) dafür anführen, daß die furtiva condictio ohne Ausnahme allein dem Eigenthümer zustehe.

Jedoch giebt es mehrere Juristen, welche behaupten, die furtiva condictio werde in eine certi und in eine incerti condictio eingetheilt, und diese letztere stehe dem Pfandgläubiger zu[10]). Allein nirgends wird in den Quellen diese Eintheilung genannt, und da ganz allgemein die furtiva condictio nur dem Eigenthümer zugesprochen wird, so muß darunter, wäre auch jene Eintheilung begründet[11]), die certi eben so gut als die incerti furtiva condictio verstanden werden. Und mit Recht macht Strauch[12]) darauf aufmerksam, daß

---

9) Iulianus libro trigesimo quinto Digestorum tractat: si fur decerpserit, vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi, an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separantur, magis proprietario condictionem competere; fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos. Man vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. 35 Dig. Salvii Iuliani zu dieser Stelle in Opp. post. T. III p. 258, dessen Commentar mit den Worten schließt: condictio soli domino datur.

10) Glück Pandekten Bd. XIII S. 224 Note 12 zählt sie auf. Auch Bucher Recht der Forderungen §. 126 S. 433 Note 12 und Schweppe a. a. O. scheinen diese Ansicht zu theilen.

11) Krug schließt seine Selecta de condictione furtiva capita. Lipsiae 1830. 8. p. 89 mit der richtigen Bemerkung über diese incerti condictio: non ex analogia condictionis furtivae, cuius species falso habita est, sed ex reliquarum condictionum ratione iudicanda esse videtur. Est potius, setzt er in der Note hinzu, formula condicendi generalis, quemadmodum inter actiones actio in factum.

12) Diss. de furtiva condictione cap. III §. 14 in seinen Opusculis ed. Knorre p. 833.

man entweder annehmen müsse, zwischen den Personen, welche beim Diebstahle interessirt sind, walte nur der Unterschied ob, daß dem Eigenthümer die furtiva condictio und die furti actio, allen Uebrigen aber nur die letztere Klage zustehe, oder daß man gar keinen Unterschied annehmen müsse, welches Letztere denn aber gegen ausdrückliche Quellenzeugnisse ist [13]).

Nicht selten lesen wir ferner den Satz, daß, wenn ein Diebstahl vor der Verheirathung zwischen den spätern Ehegatten begangen war, erst nach erfolgter Aufhebung der Ehe mit der furtiva condictio von Diesen geklagt werden könne, während der Ehe aber durchaus die furtiva condictio den Ehegatten unter sich versagt sey [14]). Ueberall wird für diese Behauptung auf fr. 3 §. 2 De actione rerum amotarum 25, 2 hingewiesen, welches man aber nur zu lesen braucht, um sich gegen jene Ansicht zu erklären. Die Worte desselben lauten so: Sed et cum uxore furti agere possibile est: si ei, cui heredes simus, furtum fecit, vel nobis, antequam nuberet; tamen propter reverentiam personarum in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem, dicimus [15]). Sabinus

13) Vergl. die bereits angeführten fr. 1 De cond. furt. 13, 1 und fr. 14 §. 16 De furtis 47, 2.

14) Thibaut Pandekten §. 466 Note b; Mackeldey Lehrbuch §. 448 Note a; Wening gemeines Civilrecht Bd. IV §. 62; Seuffert Pandekten §. 398 Note 9.

15) Die Stelle ist aus Paulus ad Sabinum entlehnt. Von tamen beginnt wahrscheinlich der Zusatz des Paulus. Daß dieses ganze Fragment nicht, wie *Faber* de error. pragmat Decas 79 error I behauptete, ein Emblem Tribonians ist, hat Bachovius überzeugend dargethan de actionibus Disp. V. Thes. 7.

beginnt damit, daß er sagt: möglicher Weise giebt es Fälle, in welchen man gegen seine Frau eine Diebsklage anstellen kann; da aber der Ausdruck Diebsklage auf eine furti actio schließen lassen könnte, so setzt Paulus zur Vermeidung dieses Mißverständnisses hinzu, daß hier die furtiva condictio, und nicht die furti actio gemeint sey. Daß während der Ehe gegen die Frau mit der rerum amotarum actio vom Manne geklagt werden kann, erlaubt Justinian [16]) in dem Falle, wenn die Frau eine ihrem Manne geliehene Sache weggestohlen, und der Eigenthümer die commodati actio gegen den Mann mit Erfolg angestellt hat. Dennoch aber ist die rerum amotarum actio nur gegen Diejenige ursprünglich eingeführt, quae uxor fuit [17]). Daher kann es noch weniger auffallend sein, wenn eine unter minder beschränkten Voraussetzungen entstandene Klage,

---

16) c. 22 §. 4 C. de furtis 6, 2. Quidam etenim re sibi commodata, huiusmodi rei furtum a sua muliere passus est; et dubitabatur, utrumne domino rei furti actio contra mulierem praestaretur, an propter necessitatem causae, et maritus eius, utpote actioni commodati suppositus, possit habere furti actionem? Et auctores quidem iuris et in hac specie contra se iurgium exercuerunt, ex praesenti autem lege, et anterioribus nostris decisionibus, quae in ista positae sunt constitutione, potest et haec species apertius dirimi. Si enim domino dedimus electionem, ad quem voluerit pervenire; sive ad eum, qui rem commodatam accepit, sive contra eum, qui furtum commisit, et in hac specie maritus quidem propter matrimonii pudorem, non furti, sed rerum amotarum actionem habeat, si ipsum dominus elegerit.

17) fr. 1 De actione rerum 25, 2. Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit. — Diese Klage stand Anfangs nur dem Manne gegen die gewesene Frau zu, nicht der Frau ebenfalls gegen den gewesenen Mann, weil bei der alten in

die furtiva condictio, zumal da sie keine infamirende Wirkung erzeugt, auch während der Ehe dem Ehegatten zugestanden wird [18]). Dieß räumt denn auch Sabinus mit Billigung des Paulus ein, freilich nur für die beiden Fälle, wenn die Frau — gleichviel ob vor oder während der Ehe — den Erblasser ihres Mannes, und wenn sie vor der Ehe ihren jetzigen Mann selbst bestohlen. Hier soll es erlaubt sein: cum uxore furti agere. Offenbar kann man doch unter uxor nur die Frau während bestehender Ehe, nicht etwa die ehemalige Frau, deren Ehe bereits getrennt ist, verstehen. Denn ob uxor irgendwo die ehemalige Frau bedeuten könne, ist wohl höchst problematisch [19]).

---

manum conventio die Frau nichts Eigenes haben konnte, also nur sie allein bestehlen, nicht aber bestohlen werden konnte. Der Umstand, daß nur im Falle der Scheidung, nicht im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod, diese Klage gegeben wurde, mag vielleicht mit dem civilen Erbrechte der Frau, als sua ihres Mannes, zusammengehangen haben, so daß wenn der Mann starb, und die Frau Sachen fortgeschaft hatte, ihr diese in die Erbschaft eingerechnet, oder wenn sie zuviel fortgetragen, ihr der Ueberfluß mit der familiae erciscundae actio wieder abgenommen wurde.

18) *Balduinus* de iure novo libro II in der Iurisprudentia Rom. et Attica T. I p. 1096.

19) Vergl. jedoch Hasse in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 5. S. 325.

Acht und zwanzigste Abhandlung.

Auf was für eine Schuld wird eine bezahlte Summe angerechnet?

Mag der Schuldner zahlen, oder der Gläubiger selbst, etwa durch den Verkauf eines Pfandes, seine Befriedigung suchen, so gilt hier die allgemeine Regel, der Zahlende darf auf seinen eigenen Vortheil sehen [1]). Daher kann, wenn der Gläubiger

---

1) Eine Regel, welche zwar in den Quellen deutlich genug in dieser Allgemeinheit (fr. 101 §. 1 De solut. 46, 3 vergl. Note 3) hervorgehoben wird, nicht aber bei den Neuern. Freilich gilt sie, wie sich aus dem Folgenden zeigen wird, auch etwas beschränkter für den Gläubiger, als für den Schuldner. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. XV Pauli zur angeführten Stelle in Opp. post. T. III p. 92. *Averanius* Interprett. V, 20 drückt diese Regel so aus: quod solvit debitor, cedit in graviorem causam, quod sibi ipsi solvit creditor, in leviorem.

selbst sich bezahlt macht, dieser die Zahlung z. B. auf diejenige Schuld sich anrechnen, wofür ihm kein Bürge haftet [2]), oder auf deren Erfüllung, weil die obligatio eine naturalis ist, ihm keine Klage zusteht [3]). Jedoch ist auch der sich befriedigende Pfandgläubiger durch ein Paar Regeln in seiner Willkühr beschränkt. Haftet nemlich das Pfand für zwei gleich alte Schulden, so muß er das gelöste Geld auf beide pro rata abrechnen; haftet es für zwei zu verschiedenen Zeiten entstandene Schulden, so muß er sich die ältere zuerst bezahlen [4]). Positiv ist aber die Bestimmung in Ansehung der Zinsen. Ist der

---

2) fr. 73 D. eod. . . . quia hoc dicendo potuit hoc efficere debitor, ut ubi non dixit, id potius soluturum existimetur, quod satisdato debeatur? Magis tamen existimo licuisse creditori in id, quod solus debebat reus, accepto referre.

3) fr. 101 §. 1. D. cit. Paulus respondit, aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis. Nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate eius esse, commemorare, in quam causam solveret; cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur. Der Gegensatz zwischen aliam etc. und aliam etc. sagt nemlich nur: die Berechtigung des Schuldners ist in den beiden angeführten Fällen verschieden; in dem zweiten Falle hängt die Höhe der Berechtigung des Schuldners größtentheils von der Willkühr des Gläubigers ab.

4) fr. 96 §. 3 D. eod. Cum eodem tempore pignora duobus contractibus obligantur, pretium eorum pro modo pecuniae cuiusque contractus creditor accepto facere debet; nec in arbitrio eius electio erit, cum debitor pretium pignoris consortioni subiecerit; quod si temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit; prius debitum pretio pignorum iure solvetur, secundum superfluo compensabitur. Vergl. Wening Civilrecht §. 245 Note b; Göschen Grundriß zu Pandekten Vorlesungen S. 237 Note 15.

Schuldner einige durch eine Stipulation, andere durch ein nudum pactum schuldig geworden, so wird aus dem verkauften Gelde eine ganz gleiche Summe auf jede von beiden Zinsforderungen, die civile und die naturale, abgerechnet, mögen diese Forderungen von gleicher oder ungleicher Größe sein [5]). Hat der Schuldner endlich gar keine Zinsen zu zahlen versprochen, so kann auch der veräußernde Pfandgläubiger sich nicht etwa für Zinsen bezahlt machen, sondern muß den gewonnenen Kaufpreis auf das Kapital anrechnen. Ist aber endlich der Schuldner Capital und Zinsen schuldig, so kann und soll der Gläubiger erst sich die Zinsen bezahlen [6]).

---

5) fr. 5 §. 2 D. eod. Imperator Antoninus cum Divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit, si sint usurae debitae et aliae indebitae; quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum tam debitarum, quam indebitarum pertinere: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur. Si vero summa usurarum debitarum et non debitarum non eadem sit, aequaliter ad utramque causam proficit, quod solutum est, non pro rata: ut verba rescripti ostendunt. Sed si forte usurae non sint debitae, et quis simpliciter solverit, quas omnino non erat stipulatus: Imperator Antoninus cum Divo patre suo rescripsit, ut in sortem cedant. Eidem autem rescripto ita subiicitur: quod generaliter constitutum est, prius in usuras nummum solutum accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur: et sicut ex pacti conventione datae repeti non possunt, ita proprio titulo non numeratae, pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur. Daß bei ungleich großen Capitalien pro rata abgerechnet werden soll, behauptet wohl gegen die Worte dieser Stelle Wening a. a. O. §. 245 Note f. Die richtige Ansicht hat natürlich Donellus Comment. de iure civili XVI, 12. a. E.

6) fr. 5. §. 3, fr. 48. D. eod. Im letztern Fragmente hat der Jurist den Fall vor Augen, daß die Frau in die Güter des Mannes eingewiesen

Eine Regel, die ganz allgemein, also auch dann gilt, wenn der Schuldner selbst zahlt. Doch wird diese Regel, die auch sonst sich findet [7]), im fr. 5 §. 2 De solut. 46, 3 (S. Note 5) auf klagbare Zinsen beschränkt. Denn, heißt es daselbst, bemerke der Schuldner bei der Zahlung nicht ausdrücklich, daß er seine nur naturaliter schuldigen Zinsen bezahle, so dürfe der Empfänger nicht etwa nach Belieben das Gezahlte auf solche Zinsen anrechnen. Vergleicht man diese Aeußerung mit der von Paulus in fr. 101 §. 1 D. eod. (S. Note 3), so scheint dieser Jurist selbst darin auf folgenden Unterschied zu deuten, welcher im Falle von usurae naturaliter tantum debitae eintritt, je nachdem der Gläubiger selbst sich bezahlt *macht*, oder der Schuldner zahlt. Wenn im letzten Falle der Schuldner selbst nicht ausdrücklich bemerkt, er zahle auf diese Zinsen, so darf der Empfänger sie auch darauf nicht in Abrechnung bringen. Bezahlt hingegen der Gläubiger sich selbst, so darf er auch die nur naturaliter schuldigen Zinsen sich bezahlen. Denn der Ausdruck in fr. 101 §. 1 D. cit.: etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, geht ebenso gut auf Capital, als auf Zinsen [6b]).

Viel zahlreicher sind die Regeln, welche für den Fall aufgestellt werden, wenn der Schuldner selbst oder durch einen Repräsentanten zahlt. Hier gilt ganz unbestritten einmal der Satz: die Zahlung wird für die Summe angerechnet, worüber die Contrahenten sich einigen, sodann die oben bereits aufge-

---

ist dotis servandae causa. *Cuiacius* in lib. sing. resp. Ulpii Marcelli zu dieser Stelle in Opp. post. T. III. p. 126.

6b) Vergl. Weber Von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 128. Fünfte Ausgabe. Leipzig 1825. S. 515.

stellte allgemeine Regel: der Schuldner könne sich bei der Zahlung für die ihm vortheilhafteste Tilgung der Schuld erklären [7]). Ganz gleich ist es, ob die mehreren schuldigen

---

7) fr. 1, fr. 101 §. 1, fr. 102 §. 1. D. eod. c. 1 C. eod. 8, 43. Gleich hier möge das so wichtige fr. 1 cit. stehn. Ulpianus libro XLIII. ad Sabinum. Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum: et quod dixerit, id erit solutum. Possumus enim certam legem dicere ei, quod solvimus: quotiens vero non dicimus id, quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus, (die folgenden Worte: quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, werden mit Recht von *van de Water* Obss. II, 14 als Glossem erklärt, von einigen Herausgebern ganz weggelassen, von andern wenigstens eingeklammert) id est non in id debitum, quod (Erst hier steht in den meisten Ausgaben das vorangestellte non, jedoch gegen das Zeugniß der Basiliken. Bei *van de Water*, der sich ebenfalls zu Gunsten der Basiliken erklärt, finden sich zugleich die Vertheidiger und Gegner dieser Ansicht genannt) est in controversia, aut (Donell in seinen Commentarien lib. 16 cap. 12 und *Maiansius* Comm. in XXX. ICtorum fragmenta T. I. p. 356 wollen statt aut haud lesen, was auch Russard in einer Handschrift gefunden haben will; eine Corruption des Textes, die nur dadurch entstanden ist, daß man das non im vorigen Satze nicht an den rechten Ort gestellt fand) in illud, quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat: aequissimum enim visum est, creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. Permittitur ergo creditor constituere, in quod velit solutum: dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret (diese Worte von dummodo an erklärt *van de Water* a. a. O. für ein Glossem; denn nur si stipitibus, non hominibus, scripsisset Ulpianus meint er, wäre diese Wiederholung zu ertragen. Doch scheint sie eben dadurch erträglich zu werden, daß man diese letzten Worte, als von Ulpian herrührend, von den frühern des Sabinus unterscheidet): sed constituere in re praesenti, hoc est (Donell a. a. O. will statt hoc est potest lesen; eine

Summen schuldige Capitalien oder schuldige Zinsen sind. Zur Annahme des Capitals, wenn noch Zinsen restiren, kann der Gläubiger aber nicht gezwungen werden, weil mit bezahlter Capitalschuld seine Forderung auf die Zinsen erlischt [8]). Eben so wenig kann der Gläubiger gezwungen werden, eine Summe anzunehmen, welche nicht vollständig Capital und Zinsen einer Schuld enthält. Denn es ist bereits [9]) sehr richtig darauf aufmerksam gemacht worden, daß nur da, wo der Schuldner zur Disposition berechtigt ist, für den Gläubiger ein rechtlicher Zwang zur Annahme der Offerte vorhanden ist, und daher nur in dem Falle, daß ausnahmsweise ausdrücklich vom Richter Theilzahlungen verfügt sind, der Creditor zur Annahme einer solchen verpflichtet sein wird.

Hat nun aber der Schuldner sich darüber nicht erklärt, welche Forderung er bezahlen wolle, so kann der Gläubiger dieß augenblicklich [10]) selbst bestimmen, und zwar ganz nach

---

wie es scheint unnütze Aenderung) statim atque solutum est. (Das Wort debet, welches sich bei Haloander und in den meisten Ausgaben noch hinter est findet, ist nicht zu rechtfertigen).

8) Vergl. c. 21 C. de usuris 4, 32; und Funke Beiträge zur Erörterung practischer Rechtsmaterien. Chemnitz 1830. S. 202—204, 210.

9) von Funke a. a. O. S. 202.

10) fr. 1. a. E. Permittitur ergo creditori constituere, in quod velit solutum; dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret; sed constituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est; (fr. 2) dum in re agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit. De solut. 46, 3. Funke a. a. O. S. 195 ist der Meinung, es bestätige sich aus dem innern und äußern Zusammenhange des fr. 2. ganz unwiderleglich, daß es den Fall einer vom Schuldner geschehenen Bestimmung aufstellt. Allein diese Ansicht ist nicht zu billigen.

eigenem Ermessen [11]). Können nun aber die beiden Contrahenten sich augenblicklich nicht vereinigen, oder hat der Gläubiger nur die Summe schlechthin angenommen, ohne daß eine ausdrückliche Erklärung von einer von beiden Seiten bei der Zahlung und Annahme Statt fand, so hat der Gläubiger nun nicht mehr freie Wahl, sondern das Römische Recht hat hier seiner Willkühr durch folgende Regeln Schranken gesetzt.

Als durchgreifende Regel ist die Bestimmung zu bemerken, daß überhaupt nur die Schuld getilgt werden solle, welche bereits fällig (durch den Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung) [12]) und unbestritten ist [13]). Sind die Forderungen ganz gleicher Natur und ganz gleichen Alters, so wird auf jede Forderung ein verhältnißmäßiger Abzug gemacht [13a]), bei ungleichem Alter und gleicher Natur hat die ältere Schuld den

---

Denn derjenige, welcher hier die Bestimmung ausspricht, ist der Creditor. Fr. 3 pr. D. eod. ceterum postea non permittitur. c. 1 C. eod. 8, 43... tempore solutionis exprimere.

11) Diese Ansicht von Donellus, die auch *van de Water* und *Warnkönig* Comm. iuris T. II. lib. III. cap. III. p. 118 theilen, erhellt aus der Vergleichung der letzten Worte des fr. 1 mit dem damit zusammenhangenden fr. 3 pr. cit. In der That liegt auch in dieser Annahme nichts dem Debitor sehr Nachtheiliges, da derselbe ja nicht nothwendig auf die Bestimmung des Creditor eingehn darf, sondern sogar berechtigt ist, die dargebotene Summe wieder mitzunehmen fr. 2 cit. S. die vorige Note.

12) fr. 1... cuius dies nondum venerat; fr. 3. §. 1. D. eod. Quod si forte a neutro dictum sit, in his quidem nominibus, quae diem vel conditionem habuerunt, id videtur solutum, cuius dies venit.

13) fr. 1 quod non est in controversia; fr. 103. De solut. 46, 3.

13a) fr. 8 D. eod. Illud non ineleganter scriptum esse Pomponius ait, si par et dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum.

Vorzug [14]). Eben so ist die Regel von der größten Wichtigkeit, daß die lästigste Schuld immer als zuerst getilgt angesehen werden muß [15]), und reicht die Bezahlung für diese hin, so wird der Ueberschuß auf die zunächst lästigste abgerechnet [16]). Welche unter mehreren Schulden aber lästiger sei, als die andere, wird nach folgender Ordnung bestimmt.

Zuerst muß die Schuld getilgt werden, welche aus einer famosa causa herrührt, deren Nichterfüllung also den Schuldner infamiren würde [17]). Jetzt folgt die Schuld, über deren Zahlung bereits rechtskräftig erkannt ist [17a]). Dann folgt eine Schuld, durch deren Nichtbezahlung eine

---

14) fr. 5 pr. In his vero, quae praesenti die debentur, constat, quoties indistincte quid solvitur, in graviorem causam videri solutum: si autem nulla praegravet, id est, si omnia nomina similia fuerint, in antiquiorem; fr. 97 D. eod. vetustior contractus ante solvetur; fr. 24 D. eod. antiquius debitum erit inspiciendum; fr. 102 §. 2 D. eod. videri in primam quamque summam liberationem proficere.

15) Vergl. das eben angeführte fr. 5 pr. und fr. 3 pr. D. eod. S. oben Note 10.

16) fr. 97 a. E. Si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilo minus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo, vel in totum vel pro parte minuendo videbitur datum. D. eod. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in lib. V definit. Papiniani zu dieser Stelle in dessen Opp. post. T. I p. 664.

17) fr. 7 D. eod. Si quid ex famosa causa et non famosa debeatur, id solutum videtur, quod ex famosa causa debetur. fr. 97 D. eod. Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante, potior habebitur causa eius pecuniae, quae sub infamia debetur; mox etc.

17a) Dieß geht aus der wohl zu beachtenden Wortfolge in fr. 7 cit.

Conventionalstrafe, eine poena, verwirkt wird [18]). Ihr steht eine verzinsliche Schuld gleich; Was analog daraus geschlossen werden kann, daß poena auch eine Zinsverbindlichkeit bedeutet [19]). Sind nun verzinsliche Capitalien gleichzeitig fällig, tragen aber ungleiche Zinsen, so muß nach der Natur der Sache das Capital mit den höhern Zinsen zuerst als getilgt angesehen werden. Ist hingegen das minder lästige Capital zuerst fällig geworden, der Schuldner zahlt aber erst, nachdem auch das andere bereits fällig ist, so wird hier, offenbar als Strafe für die Saumseligkeit des Schuldners, das zuerst fällig gewordene Capital mit den Zinsen für bezahlt

hervor. Unmittelbar nach den in der vorigen Note mitgetheilten Worten heißt es: Proinde si quid ex causa iudicati et non iudicati debetur, id putem solutum, quod ex causa iudicati debetur: et ita Pomponius probat. Ergo, si ex causa, quae infitiatione crescit, vel poenali debetur: dicendum est, id solutum videri, quod poenae habet liberationem. Die bloße Wortfolge leitet also schon darauf, die Schuld, die mit einer poena verknüpft ist, oder deren Ableugnung eine mixta actio erzeugt, vorgehn zu lassen. Allein das wohl nicht in dieser Stelle genug beachtete ergo macht auf die Gründe dieses Vorzugs aufmerksam. Die iudicatio actio nemlich konnte theils selbst in duplum gehn, Gaius I. IV, 171, theils hatte sie auch eine poena in ihrem Gefolge, nemlich zwölf Prozent für das schuldige Capital, c. ult. C. de usur. rei iud. 7, 54. Auf solche Weise ist auch von Papinian im fr. 97 De solut. 46, 3 der Vorwurf abgewälzt, als habe er die rechtskräftig anerkannte Schuld ganz übergangen. Sie ist nemlich in seinen Worten: quae poenam continet, begriffen.

18) fr. 97 cit. mox eius, quae poenam continet, tertio etc.; fr. 4, fr. 7 D. eod. fr. 5 §. 1 De ventre in poss. 37, 9.

19) Z. B. in fr. 12 De usuris 22, 1. Es ist dieß auch die Ansicht von Donellus Commentarii a. a. O.

geachtet, und das lästigere bleibt fortbestehen[20]). Jetzt folgt eine Schuld, welche durch Leugnen wächst[21]). Die zunächst minder lästige Schuld ist die, für welche keine Zinsen gezahlt werden dürfen, für welche aber eine Hypothek oder ein Faustpfand haftet[22]); dann die, für welche ein Bürge bestellt ist[23]). Endlich wenn alle Schulden berichtigt sind, bei denen der Schuldner principaliter verpflichtet ist, sogar die naturales obligationes[23a]), folgen diejenigen, bei welchen derselbe nur eine accessorische Verbindlichkeit eingegangen ist[24]).

---

20) fr. 89. §. 2. D. eod. Lucius Titius duabus stipulationibus, una quindecim sub usuris maioribus, altera vinginti sub usuris levioribus, Seium eadem die obligavit, ita ut viginti prius solverentur, id est, idibus Septembribus: debitor post diem utriusque stipulationis cedentem, solvit viginti sex; neque dictum est ab altero, pro qua stipulatione solveretur. Quaero, an, quod solutum est, eam stipulationem exoneraverit, cuius dies ante cessit, id est ut viginti sortis soluta videantur, et in usuras eorum sex data? Respondit, magis id accipi, ex usu esse.

21) Man kann dieß wenigstens aus der Zusammenstellung in fr. 7 D. cit. schließen. Vergl. *Maiansius* Comm. in XXX ICtorum fragmenta T. I. p. 357.

22) fr. 97 D. eod. Tertio, quae sub hypotheca vel pignore contracta est: post etc. Vergl. fr. 5 §. 1. De ventre in poss. 37, 9 und *Maiansius* a. a. O.

23) fr. 4 D. eod. et potius quod satisdato, quam quod sine satisdatione debeo; fr. 5 D. eod. gravior videtur, quae et sub satisdatione videtur, quam ea, quae pura est.

23a) Daß diese auch hierin den civilen nachstehn, wird noch zum Ueberflusse durch fr. 94 §. 3. De solut 46, 3 bestätigt. Vergl. oben Note 3.

24) fr. 4 D. cit. Et magis, quod meo nomine, quam quod pro

Ist der Schuldner zur Zahlung eines verzinslichen Capitals verpflichtet, so kann bei nicht vollständiger Befriedigung für Capital und Zinsen der Creditor zuerst alle Zinsen als bezahlt ansehen [25]) und erst das, was noch über den Zinsenbetrag hinaus gezahlt ist, auf das Capital anrechnen. Ja diese Regel soll nicht nur in dem Falle gelten, wenn der Creditor seinen Empfangschein »auf Capital und Zinsen« gestellt hat [26]), sondern auch sogar wider den ausdrücklichen Willen des Debitors [27]).

In Ermangelung jedes für den Vorzug der einen oder der andern Schuld sprechenden Entscheidungsgrundes wird

alio fideiussorio nomine debeo; fr. 97 D. cit. post hunc ordinem potior habebitur propria, quam aliena causa, veluti fideiussoris. Also selbst wenn der Zahlende sowohl aus einem Schenkungsversprechen verpflichtet ist, als auch für die Rückgabe eines von einem Dritten empfangenen Darlehns sich verbürgt hat, wird jene Schuld als zuerst berichtigt angesehn.

25) c. 1 C. de solut. 8, 43. Si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id, quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur; fr. 5. §. 2. (S. Note 5), fr. 6, fr. 48. D. eod. Diese Berechtigung bezweckt offenbar den Vortheil des Creditors; die entgegengesetzte Bestimmung würde aber auch nur zur größten Benachtheiligung desselben führen.

26) fr. 5. §. 3. D. eod. Si quis ita caverit debitori, in sortem et usuras se accipere . . . ego non dubito, quin haec cautio in sortem et in usuras, prius usuras admittat; Vergl. fr. 6 D. eod.

27) fr. 48 D. eod.

die Zahlung auf alle concurrirende Schulden pro rata abgerechnet[28]).

28) fr. 8 D. eod. Illud non ineleganter scriptum esse Pomponius ait, si par et dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum. Göschen a. a. O. S. 238. Daß zuletzt die noch nicht fällige und endlich gar die noch streitige Schuld zur Abrechnung kommen solle, behauptet ohne Beweis Schweppe Das Römische Privatrecht (vierte Ausgabe von Meier) Bd. 3. §. 385. *N*: e und f. Vergl. jedoch fr. 1 cit. in Note 7.

Neun und zwanzigste Abhandlung.

Beitrag zur Lehre von der Verjährung der Klagen und Sachen der Kirchen.

Ueber die Verjährung der Klagen und Sachen [1]) der Kirchen überhaupt und insbesondere der Römischen Kirche nach Römischem Rechte herrschen noch immer bedeutende Meinungs-Verschiedenheiten der Neuern, die sich auf folgende Uebersicht zurückführen lassen.

Einige nehmen an, daß alle Sachen der Römischen Kirche der ordentlichen Ersitzung entzogen, und für sie ein hundert-

1) Wenn von der Verjährung der Kirchensachen die Rede ist, so versteht es sich, daß hier nicht von solchen Sachen gesprochen werden kann, die, weil sie divini iuris sind, ganz dem menschlichen Verkehr entzogen sind; denn diese werden schon aus allgemeinen Gründen gar nicht verjährt. Wohl aber können Kirchen und milde Stiftungen Sachen besitzen, die in commercio sind, und von diesen soll hier die Rede sein.

jähriger Zeitraum vorgeschrieben ist [2]). Andere gestehen der Römischen Kirche gar keine Vorrechte vor den übrigen Kirchen zu, und behaupten entweder [3]): bewegliche und unbewegliche Sachen der Kirchen und milden Stiftungen — sie mögen schon im Eigenthum der letztern sich befinden, oder es mag erst eine Verbindlichkeit, sie an diese zu leisten, vorhanden sein — sind der ordentlichen Verjährung entzogen, und werden erst in vierzig Jahren verjährt; oder sie erklären nur die Immobilien der Kirchen und milden Stiftungen der ordentlichen Ersitzung entzogen, und fordern zu ihrer Verjährung vierzig Jahre [4]).

Da der ganze Streit sich um die Auslegung von höchstens vier [5]) neuen Gesetzen Justinians, in den Jahren 528, 535,

---

2) Thibaut Besitz §. 29; Pandekten §. 1028, 1030; Höpfner Commentar §. 404; Mackeldey Lehrbuch §. 260, 264; Westphal Arten der Sachen §. 765...773; Martin Heidelberger Rechtsgutachten Bd. I. № 4. Schon Bulgarus und Martinus waren darüber in Streit. Vergl. *Rogerius Beneventanus* de dissensiouibus dominorum ed. Haubold. §. 36 p. 18. Ueber die Streitigkeiten der spätern Juristen ist *Walch* Introductio in controversias iuris civilis Sect. II. cap. II. §. 23. ed. Schmid. p. 187 zu vergleichen.

3) wie z. B. Konopak Institutionen §. 260 № 3.

4) Gros Geschichte der Verjährung S 87... 94; Seuffert Pandekten §. 134. §. 140; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 267 Note 8; Wening Ingenheim gemeines Civilrecht Bd. I. §. 131.

5) Einige, z. B. Unterholzner Allgemeine Verjährungslehre Bd. I S. 146 Note 147, zweifeln, daß Novelle 9 ein Neues verordnendes Gesetz sey. Andere, und bei Weitem die Mehrzahl der Neuern, sehn in Novelle 133 nur eine Wiederholung des Inhaltes von Nov. 111.

541 und 545[6]) erlassen, dreht, so wollen wir zuerst aus diesen Gesetzen Dasjenige hervorheben, was unbestreitbar ist. Dieß sind zwei Punkte: Einmal der Inhalt der neuesten Verordnung[7]), welcher folgendermaßen lautet: Statt der Einreden, die von einem zehn, zwanzig oder dreißig Jahre langen Zeitablaufe hergenommen sind, soll den Kirchen und allen übrigen verehrlichen Gebäuden nur eine vierzigjährige Verjährung entgegengestellt werden können. Sodann der Inhalt von Novelle 111[8]), daß eine hundert Jahre dauernde Verjährung etwas absolut Unpassendes und Unzuläßiges sey.

---

6) c. 23 C. de sacross. eccles. 1, 2; — Novelle 9; — Novelle 111; — Novelle 131 Cap. 6.

7) Nov. 131 cap. 6. Pro temporalibus autem praescriptionibus X et XX et XXX annorum, sacrosanctis ecclesiis et aliis universis venerabilibus locis solam XL annorum praescriptionem opponi praecipimus; hoc ipso servando et in exactione legatorum et hereditatum, quae ad pias causas relicta sunt.

8) Praef. Quod medicamenta morbis, hoc exhibent iura negotiis. Unde consequitur, ut nonnunquam a iudicio discordet effectus, et quod credebat coniectura prodesse, experimento inveniatur inutile. Probat igitur hoc praesentis etiam necessitas sanctionis, in qua privilegium ex religioso proposito sacrosanctis ecclesiis Dei et monasteriis, aliisque religiosis locis constitutiono nostra nuper indultum necessaria correctione distinguimus. Dudum siquidem iusseramus, ad centum illos annos exceptionis propagari curricula, per cuius licentiam sanctionis negotia quidem multa commota sunt, et velut antiquorum vulnerum obductae patuerunt iterum cicatrices, sed eorum sanitas provenire non potuit, probationum scilicet difficultatibus impedita; quoniam per tantum saeculi magis quam temporis spatium nec documentis integritas, nec actis fides, nec aetas valet testibus suffragari. Cap. I. Unde quia largitati nostrae causarum non occurrit angustia: cum ratione simul ac religione

Darnach können wir als Resultat aufstellen: Kirchen und verehrliche Orte genießen keine hundert Jahre dauernde Verjährung, wohl aber läuft gegen sie eine drei- und eine vierzigjährige Verjährung[9]). Bei der erstern sind alle Requisite der ordentlichen und erwerbenden Verjährung in der Person des Erwerbenden nothwendig. Jedoch ist nicht unter allen Umständen eine jede Mobilie der Kirche in drei Jahren verjährbar[10]). Einmal nicht, wenn über dieselbe die Kirche einen Prozeß angefangen, aber liegen gelassen hat; denn der einmalige Beklagte kann nur erst vom Augenblicke, da die letzte gerichtliche Verhandlung Statt gefunden hat, nach vierzig Jahren auf den ungestörten Besitz dieser Mobile provociren[11]). Sodann muß die dreijährige Verjährung wegfallen bei Mobilien, die, Gegenstand eines der Kirche hinterlassenen Legates, von den Erben veräußert sind. In beiden Fällen tritt[12]) zu

---

tractantes praedictum privilegium, usque ad possibilem modum deducere experimento retraximus, et iubemus in negotiis, quae ante hac triginta annorum removebat exceptio etc. s. folgende Note.

9) Nov. 111 Cap. 1. Iubemus in negotiis, quae antehac XXX annorum removebat exceptio, nunc venerabilibus ecclesiis, monasteriis et xenodochiis, nec non orphanotrophiis quadraginta annorum protelatio conferatur . . . nihil penitus aliis exceptionibus derogantes, sed tam in aliis quam triennio vim roburque tenentibus.

10) Die Novelle 46 verbietet auch nur die Veräußerung unbeweglicher Kirchengüter. Vergl. Cujacius in der expositio novellae 7 und 46. Unterholzner a. a. O. §. 41 S. 147.

11) c. 1 C. de praescr. longi. 7, 33; c. 9 C. de praescr. XXX. 7, 39. Daß diese letzte Verordnung nicht blos auf persönliche Klagen geht, beweist schon *Cuiacius* zu dieser Stelle Opp. Post. T. V p. 1087.

12) nach c. 3 §. 3 C. de legatis 6, 43.

Gunsten anderer Personen eine dreißigjährige, für die Kirchen also eine vierzigjährige Verjährung ein. Für die vierzigjährige Verjährung, welche demnach bei allen Immobilien der Kirche, und in den beiden angeführten Fällen auch bei Mobilien der Kirche läuft, gelten nur die Requisite der Klagenverjährung [13]); um den Verlust der Sache für die Kirche durch Erlöschung der Klage herbeizuführen; außerdem aber, wo vom Eigenthumserwerbe des Ersitzenden die Rede ist, wird dessen bona fides noch überdieß erfordert [13a]).

Diese Grundsätze scheinen, wie gesagt, unbestreitbar zu sein [14]). Folgender Fragen Beantwortung möge sich daran schließen.

1) Wem steht das Privilegium der vierzigjährigen Verjährung zu?

Justinian zählt in c. 23 C. de sacross. eccless. I, 2 neben den Kirchen ausdrücklich folgende pia corpora auf: Herbergen (xenodochia), Armenhäuser, Mönchs- und Nonnen-Klöster, Waisenhäuser, Findelhäuser und Hospitäler für alte Leute. Außerdem verordnet er, daß Gelder oder andere Vermögensobjekte, die unter Lebenden oder von Todeswegen zum Loskaufe von Gefangenen bestimmt sind, gleiche Rechte mit den genannten piis corporibus haben sollen. In Novelle 111 wiederholt er diese Aufzählung, um festzustellen, Wem die vierzigjährige Verjährung zu Statten kommen solle. Er übergeht aber hier theils die Hospitäler, theils die Anstalten zum

---

13) Fritz in Marezolls Zeitschrift Bd. III. № XXIII.

13a) Reinhardt die usucapio und praescriptio Stuttg. 1832. S. 299.

14) Savigny Geschichte des Röm. Rechtes im Mittelalter Bd. II. S. 191 Note 42.

Loskaufe von Gefangenen. Hieraus hat man schließen wollen, daß diesen letztern Anstalten noch das hundertjährige Privilegium, wie es in der c. 23 gegeben ist, zustehe [15]). Von den Hospitälern ist dieß nie behauptet worden, wahrscheinlich weil man nicht bemerkt hat, daß sie übergangen sind [15a]). Allein mit Recht ist von Unterholzner a. a. O. bereits bemerkt worden, daß, weil die hundertjährige Verjährung durchaus verboten ist, hier man eher die gewöhnliche Verjährung annehmen könnte. Daß aber eine solche Annahme nicht mit Justinians Willen übereinstimmen kann, zeigt sich darin, daß er neben den Kirchen in Novelle 131 aliis universis venerabilibus locis die vierzigjährige Verjährung bewilligt, um nicht etwa bei namentlicher Aufzählung der pia corpora dieß oder jenes zu übergehen. Die Hospitäler sind also gewiß hierunter begriffen. Aber auch der letztwilligen Verfügungen zu Gunsten der Gefangenen gedenkt Justinian ebenda; indem er die vierzigjährige Verjährung auch Anwendung finden lassen will bei der Eintreibung von Vermächtnissen und Erbschaften, die zu irgend einem frommen Zwecke bestimmt sind [16]). Freilich ist ausdrücklich darunter nur der erste Fall, den c. 23 erwähnt, begriffen [17]); allein gewiß würde es gegen den Geist

---

15) Vergl. die bei Unterholzner Allg. Verjährungslehre Bd. I S. 152 Note 159 angeführten Juristen. Dagegen ist schon *Cuiacius* Observ. lib. V cap. V.

15a) Vergl. Weber in Höpfners Commentar §. 403 Note 2.

16) Novelle 131 Cap. 6. S. oben Note 7, und Donellus Comm. iuris lib. V cap. 31.

17) c. 23 pr. C. cit. Ut inter divinum publicumque ius et privata commoda competens discretio sit, sancimus, si quis aliquam reliquerit hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum, vel do-

des Gesetzes verstoßen, nicht dasselbe im Falle eines Erwerbes zu diesem Zwecke unter Lebenden annehmen zu wollen.

2) Durch die Novellengesetzgebung nur noch von antiquarischem Interesse ist die Frage, in welchen Beziehungen die c. 23 cit. das hundertjährige Privilegium den Kirchen, milden Stiftungen und Städten [18]) gegeben habe. Es möge genügen, hier nur die Meinung Westphals [19]) als die richtige hervorzuheben, nach welcher sich dieses Gesetz gar nicht auf Güter bezieht, welche die Kirche schon besessen, und die ihr wieder abhanden gekommen, sondern nur auf Fälle, wo diese Güter erst in Folge eines ihr erworbenen persönlichen Rechtes an sie gelangen sollten. Zur Zeit der Abfassung dieser Constitution, im Jahre 528, konnte bei hinterlassenen Legaten meistens nur von persönlichen Ansprüchen der Kirche die Rede sein. Allein nachdem im Jahre 529 Justinian allen Legataren und Fideikommissarien überall eine hypothecaria actio und eine vindicatio, wo diese möglich war, eingeräumt hatte [20]), so setzte

---

nationis titulo aliquid dederit, vel vendiderit, sive sacrosanctis ecclesiis, sive venerabilibus xenonibus, vel ptochotrophiis, vel monasteriis masculorum vel virginum, vel orphanotrophiis, vel brephotrophiis, vel gerontocomiis, nec non iuri civitatum, vel donatorum vel venditorum, vel relictorum eis sit longaeva exactio, nulla temporum solita praescriptione coarctanda.

18) Dieß hundertjährige Recht der Städte ist bekanntlich in Novelle 111 aufgehoben, ohne daß demselben die vierzigjährige Dauer der Verjährung substituirt ist.

19) Arten der Sachen §. 765 S. 583 §. 766 S. 586. Ultima voluntas, donatio und venditio sind nur Beispielsweise in der Verordnung genannt.

20) c. 1 Communia de legatis 6, 43. Dat. XV. Kal. Oct. Chal-

er in der repetita praelectio seines Codex noch die Bestimmung hinzu, daß auch diese in rem actiones der Kirche und den piis causis hundert Jahre lang dauern sollen [21]).

3) Wichtiger ist die Frage, worauf sich die Novelle 111 (und die Novelle 131) beziehen, ob auf c. 23 cit. allein, oder auch auf Novelle 9 [22]). Wenn man bemerkt, daß die Ueberschrift jener Novelle auf venerabiles loci geht, und damit die Novelle 9 vergleicht, welche sich nur auf Kirchen bezieht, die sonst aber, wenn gleich nicht den venerabiles loci entgegengestellt, doch nie unter Diesen begriffen, sondern immer neben sie gestellt werden, so würde Dieses schon zu der Ansicht

---

cedone Decio V. C. Cons. 529. Vergl. *Cuiacius* Recitt. in Cod. h. t. in Opp. post. T. V. p. 881, 882.

21) Diese Bemerkung, daß der §. 1 der c. 23 (In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam secundum nostrae constitutionis tenorem, quae legatariis et fideicommissariis hypothecariam donavit, et supradictis omnibus unum tantummodo terminum humanae vitae imponimus i. e. centum metas annorum) erst in der repetita praelectio hinzugekommen sey, scheint aus historischen Gründen unbestreitbar.

22) Diese Novelle wurde von Justinian an Papst Johann zu weiterer Bekanntmachung übersendet, wornach den katholischen Kirchen überall statt der dreißigjährigen Verjährung eine hundertjährige zustehn, und Keiner sich auf eine kürzere gegen die Kirchen berufen sollte, jedoch nur in Beziehung auf ihre Immobilien (possessiones). Während also die c. 23 mehr von der Extinktivverjährung persönlicher der Kirche und den piis causis zustehender, Klagen sprach, handelt diese Novelle von der Acquisitivverjährung nur der Kirche zugehöriger Immobilien. In Novelle 136 ist Extinktiv- und Acquisitiv-Verjährung unbestreitbar zusammengefaßt. Cujacius in der expositio novellae 111 erklärt sich mit Recht dahin, daß dieselbe beiden Verordnungen Justinians derogire.

führen, als könne dieß Gesetz nicht auf Novelle 9 gehen. Wenn ferner im Eingange der Novelle 111 von einer Verordnung die Rede ist, worin den Kirchen, den Klöstern und andern heiligen Gebäuden die hundertjährige Verjährung eingeräumt sey, die sich nun als unzweckmäßig erweise, so scheint auch diese Anführung unmöglich auf Novelle 9, sondern nur auf c. 23 bezogen werden zu können. Allein dagegen läßt sich Folgendes anführen. Die Ueberschriften der Novellen stammen nicht von Justinian, sondern sind spätern Ursprungs[23]), und offenbar ist hier die Ueberschrift der Novelle zu beschränkt gefaßt, da im Text der Novelle selbst zur Genüge auch von Kirchen die Rede ist. Im Texte der Novelle aber werden auf das Deutlichste und ausdrücklich zwei Verordnungen unterschieden: constitutione nostra nuper indultum und dudum siquidem iusseramus. Dieß können nur die beiden angegebenen Verordnungen, Jenes die Novelle 9 vor sechs Jahren, Dieses die c. 23 vor dreizehn Jahren erlassen, seyn, und die Aufhebung beider Verordnungen wird hier, ohne zwischen dem Inhalte beider weiter zu unterscheiden, verfügt. Schwierigkeit macht es freilich, daß Justinian eine Bestimmung in Beziehung auf Klöster und andere religiosi loci der Novelle 9 zuschreibt. Allein ein solcher Gedächtnißfehler — der einen Constitution den Inhalt der andern zuzuschreiben — ist theils sehr möglich, theils aber auch, da beide Verordnungen durch Novelle 111 aufgehoben werden sollten, durchaus verzeihlich. Endlich ist der Einwurf Westphals[24]), daß Novelle 111 und 131 bloß an Praefecti Praetorio des Orients

23) Biener Geschichte der Novellen S. 37.

24) a. a. O. §. 769 S. 592.

gerichtet sind, ganz ohne Bedeutung. Einmal ist diese Behauptung nur begründet für Novelle **111**, nicht für Novelle **131**[25]). Sodann kann auch nicht der Beweis geliefert werden, daß Verordnungen an den **Praefectus Praetorio Orientis** erlassen, nur den Orient, nicht den Occident angingen[26]). Ja! wollte man auch jene ursprüngliche Beschränkung des Inhaltes der Novelle zugestehen, so ist doch durch die sogenannte **Pragmatica Sanctio**[26]) vom Jahre **554** auf das Deutlichste der Inhalt aller bis dahin von Justinian erlassenen Novellen auch für den Occident, namentlich für Italien, als verbindlich erklärt[27]).

---

25) Die Inscription heißt hier: **Iustinianus Petro gloriosissimo Praefecto Praetorio.** Wer daher einen auf den Orient beschränkten Inhalt der Novelle 131 behauptet, Der muß annehmen, daß dieser beschränkte Inhalt durch Novelle 131 zu einem unbeschränkten, auch für den Occident geltenden, Inhalte geworden sey; wofür auch noch der Umstand spricht, daß sich das Capitel 6 dieser Novelle nicht als bloße Wiederholung, sondern als neues Gesetz darstellt. Sonst würde es nicht **praecipimus** heißen können, sondern **praecepimus** heißen müssen. S. Note 7.

26) Vergl. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 148, 149.

26) §. 11 **Iura insuper vel leges codicibus nostris insertas, quas iam sub edictali programmate in Italiam dudum misimus, obtinere sancimus: sed et eas, quas postea promulgavimus constitutiones, iubemus sub edictali propositione vulgari ex eo tempore, quo sub edictali programmate evulgatae fuerint, etiam per partes Italiae obtinere, ut una, Deo volente, facta republica, legum etiam nostrarum ubique prolatetur auctoritas.**

27) Die sonstigen Gründe für diese Ansicht, daß die Römische Kirche keine Vorrechte vor den übrigen Kirchen habe, finden sich zusammengestellt bei Unterholzner a. a. O. Gründe und Gegengründe bei Westphal a. a. O. S. 591, 592.

Dreißigste Abhandlung.

Miscellen.

Die Bemerkung, welche wir gewöhnlich nur in literärgeschichtlichen Büchern, z. B. in Hugo's Lehrbuch der juristischen gelehrten Geschichte, lesen, daß ganze Familien, zuweilen mehrere Generationen hindurch, für einen und denselben Zweig des menschlichen Wissens sich auszeichnen; dieselbe Bemerkung dürfte auch in der Römischen Rechtsgeschichte fast für keine Periode fehlen. So sind zur Zeit der Republik die Catonen und die verschiedenen Mucier [1]), zur Zeit der heidnischen Kaiser die Nerva's und die Celsi [2]), und zur Zeit Justinians

1) fr. 2 §§. 38, 39, 40, 45 De origine iuris 1, 2.

2) fr. 2 §. 47 D. eod.

und seiner nächsten Vorgänger die Vorfahren des Anatolius und Dieser selbst [3]) mit Auszeichnung zu nennen.

Als das Studium der Alterthümer und der Geschichte des Römischen Rechtes erwachte, war man eifrig bemüht, diejenigen Stellen aufzufinden, in welchen von Justinians Compilatoren Etwas weggelassen, geändert, oder zugesetzt war. Alles nannte man Embleme; wiewohl dieser Name nur für den zuletzt genannten Akt der Thätigkeit Tribonians und seiner Gehilfen paßte. Dagegen fehlt es noch an einem Versuche zu zeigen, wo Tribonian wegen des geänderten Rechtes hätte ändern sollen [4]); und eine gründliche Zusammenstellung solcher Stellen, deren Zahl nicht unbedeutend sein kann, würde am besten zeigen, wie fahrläßig, oder vielleicht auch mit wie aufmerksamer Prüfung, Justinians Compilatoren ihr Werk vollführt haben.

In keiner der bisherigen Ausgaben der Digesten ist der Versuch gemacht worden, die Worte des Commentators von denen des commentirten Juristen zu unterscheiden, wie dieß seit Haloander mit den Worten des Edikts, und den Commentarien zu denselben geschieht. Wie wichtig aber diese Unterscheidung für eine gründliche Interpretation sein muß, liegt

---

3) Const. Tanta § 9... Anatolium, virum illustrem magistrum, qui et ipse apud Berutienses iuris interpres constitutus.... vir ab antiqua stirpe legitima procedens, cum et pater eius Leontius et avus Eudoxius... optimam sui memoriam in legibus reliquerunt.

4) Hugo Eilfte Rechtsgeschichte S. 1076 Note 6 sagt von den Gehilfen Tribonians, daß sie bald zu Viel, bald zu Wenig geändert hätten.

am Tage[4a]). Vielleicht möchte Schrader in seiner zu so großen Erwartungen berechtigenden Ausgabe auch hierauf sein Augenmerk richten. Durch veränderten Druck oder durch Anführungszeichen würde diese Unterscheidung leicht dem Auge des Lesers sich darstellen.

Der Grund, weshalb so viele Juristen die einzelnen Stellen in den Digesten nicht mit fragmentum, sondern mit lex citiren, wiewohl sie überzeugt sein müssen, daß lex oft gar nicht für eine solche Stelle, wie z. B. für das bekannte Fragment des Pomponius im Titel de origine iuris, paßt, liegt wohl darin, daß sie der Ansicht huldigen, Justinian selbst habe die einzelnen Stellen leges genannt, und zwar in der sogenannten Const. Dedit. §. 1.

Dieses Grundes vollkommene Unhaltbarkeit läßt sich aber leicht nachweisen. Es ist bekannt, und auch von den Beschützern der Citirart nach leges nicht bestritten, daß diese Constitutio Dedit von Justinian nur in griechischer Sprache abgefaßt ist[5]). In der ächten Verordnung kann sich daher das Wort lex gar nicht finden, sondern *νόμος* wird gebraucht, was Contius zuerst mit leges übersetzt hat. Daß aber *νόμος* und lex nicht identisch ist, bedarf nicht der Berufung auf griechische Wörterbücher. In der lateinischen constitutio Tanta, welche gleichen Inhaltes mit der Constitutio Dedit ist, kommt lex in der postulirten Bezeichnung für eine Digestenstelle gar nicht vor. In der pragmatica sanctio cap. XI. spricht endlich Justinian von iura vel leges[6]) in

---

4[a]) Beispielsweise möge auf Abhandlung 26 Note 26, Abh. 27 Note 15, Abh. 28 Note 7 verwiesen werden.

5) Vergl. z. B. Mackeldey Lehrbuch §. 64 Note a.

6) Iura insuper vel leges Codicibus nostris insertas, quas iam

seinen Codices, d. h. in dem Constitutionen-Codex und in dem enucleati iuris codex oder den Digesten. Aber er meint darunter nur Folgendes: das in jenen beiden Büchern enthaltene Juristen- und kaiserliche-Recht, solle auch in Italien gelten; ohne jede Stelle in den Codices mit ius oder lex zu bezeichnen.

Birnbaum schlägt in seinem vortrefflichen Werke über den Zehnten [7]) vor, bei Festus [8]) in dem Satze patres agrorum partes attribuebant tenuioribus perinde ac liberis propriis statt liberis zu lesen libertis. In der That ist diese Emendation nicht bloß ihrer Leichtigkeit wegen gelungen zu nennen. Denn außerdem kann sie ganz vortrefflich dazu dienen, die ersten Anfänge des Colonates bei den Römern zu erklären. Während nemlich einem Freien es nicht zur Pflicht gemacht werden konnte, an einem und demselben Orte stets zu bleiben, durfte allerdings dem Freigelassenen der Patron eine solche Verpflichtung auflegen [9]).

Diese Stelle des Festus möchte vielleicht für die Ansicht über die Entstehung des Colonats, daß die ursprünglichen Colonen Freigelassene waren, den Ausschlag geben. Denn bisher be-

sub edictali programmate in Italiam dudum misimus, obtinere sancimus.

7) S. 102.

8) v. Patres.

9) fr. 71 §. 2 De cond. et dem. 35, 1. Titio centum relicta sunt ita, ut a monumento meo non recedat, vel uti in illa civitate domicilium habeat: potest dici, non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur. Sed in defuncti libertis alio iure utimur.

ruhte diese Ansicht[10]) nur darauf, daß der Gutsherr im Verhältniß zu seinem Colonen dessen patronus genannt wird[11]).

Bei Gelegenheit der verschiedenen Eintheilungen der Personen, wird die in Haupt- und Neben-Personen, zu welchen Letztern z. B. die Testamentszeugen und die Bürgen gehören, gewöhnlich übergangen, und eben so wenig wird, bei der überall sehr kärglich abgehandelten Eintheilung der Rechte, des Unterschiedes in Haupt- und Neben-Rechte gedacht. Dagegen finden wir nicht mit Recht den Unterschied nach der körperlichen Gesundheit, ob Personen an einem Gebrechen oder an einer Krankheit laboriren, von Mehreren[12]) in ihren Lehrbüchern aufgestellt. Aber diese Eintheilung scheint wohl nur von Interesse für Sklaven, also für Sachen, zu sein[13]). Theils geht Dieß aus dem allgemein angeführten fr. 101 §. 2 (vrgl. mit §. 3) De V. S. 50, 16[14]), theils und vorzüglich aber daraus

---

10) Savigny Ueber den Römischen Colonat, in seiner Zeitschrift Bd. 6 S. 315 erwähnt diese Ansicht als eine mögliche.

11) Es geschieht dieß sowohl in c. un. Th. C. ne colonus 5, 11, als in c. un. I. C. de colonis Thrac. 11, 51.

12) Z. B. von Thibaut Pandekten §. 232; Konopak Institutionen §. 109; Wening Lehrbuch Bd. I. §. 59; Warnkönig Commentarii lib. I. cap. 2. T. I p. 188; Mackeldey Lehrbuch §. 127; Hartitzsch Römisches Privatrecht S. 40.

13) *Bynkershoek* Obss. lib. III cap. 1.

14) §. 2 Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum: veluti si talum excussit: nam et luscus itaque vitiosus est. §. 3 Servis legatis u. s. w.

hervor, daß diese Lehre von morbus und vitium ihren eigenthümlichen Sitz im Aedilitischen Edikte hat [15]).

So richtig auch die Regel als solche ist, daß man bei jedem Rechtsgeschäfte einen nothwendigen und einen zufälligen Inhalt unterscheiden könne, so läßt doch auch sie Ausnahmen zu. In den Codicillen wenigstens scheinen sich keine Essentialien, sondern nur Naturalien und Accidentalien zu finden. Den natürlichen Bestandtheil nämlich bilden die Vermächtnisse, den zufälligen die Fideikommißerbschaft, die Einsetzung von Vormündern und ähnliche Anordnungen.

Bei der Eintheilung der Einreden geschieht es jetzt gewöhnlich, daß ein Paar sehr bedeutende Eintheilungen ganz mit Stillschweigen übergangen werden. Dahin gehört weniger die in generales und speciales, wie sie nach dem Muster der zuweilen bei den Klagen vorkommenden Eintheilung genannt werden könnten, indem zu den ersten theils die rei venditae et traditae [16]) theils die doli exceptio gezählt werden muß, als vorzüglich die nach der Zeit, binnen welcher

---

15) fr. 1 §. 1 De aedil. ed. 21, 1. Aiunt Aediles, qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit. Man vergl. fr. 1 §. 6 ff; fr. 2, 3, 4, 5 und mehrere Fragmente dieses Titels. Daß den spadones ihr corporale vitium nicht schade, lehrt fr. 40 §. 2 De adopt. 1, 7. Auch Gellius Noctes Atticae lib. IV cap. 2 stellt den Unterschied zwischen morbus und vitium nur in Beziehung auf Sklaven auf.

16) Ueber ihre heutige Anwendung und Bedeutung vergl. v. Buchholtz Versuche S. 148 ff.

sie im Prozeß vorgeschützt werden können. Die meisten Exceptionen sind nemlich von der Art, daß sie vor der Endsentenz vorgebracht sein müssen, um ihre Wirkung zu äußern. Aber es fehlt auch nicht an solchen Einreden, die nach gefälltem Urtheile noch im Exekutionsverfahren ihre Stelle finden. Dahin gehört die SCti Velleiani exceptio [17]), ferner die SCti Macedoniani exceptio [18]); endlich kann auch auf das sogenannte beneficium competentiae in Form einer doli exceptio noch nach geschehener in solidum condemnatio giltig provocirt werden [19]). Selbst die Einrede der erlöschenden Verjährung wird hierher gerechnet [20]).

Zwischen dem Erwerbe durch Kauf und dem Erwerbe eines desertus ager möchte sich folgende Aehnlichkeit auffinden lassen.

---

17) Einmal wird dieß bewiesen durch eine richtige Argumentation aus den Worten des fr. 8 §. 2 D. ad SCtum Vellei. 16, 1 . . . exceptionem ei SCti Marcellus non daret; sed condemnata vel ante condemnationem condicere utique ei a quo delegata est, poterit, sodann durch die in der folgenden Note angeführte Stelle.

18) fr. 11 De SCto Maced. 14, 6. Tamen, si non opposita exceptione condemnati sint, utentur SCti exceptione. Et ita Iulianus scribit in ipso filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis. Daß jene Negation mit Unrecht von Haloander weggelassen ist, zeigt *Iauch* de negationibus p. 94.

19) fr. 17 §. 2 D. sol. matr. 24, 3. Si in iudicio dotis iudex, ignorantia iuris lapsus condemnavit maritum in solidum, Neratius, Sabinus doli exceptione eum uti oportere, aiunt, eaque tutum fore; fr. 33. De donat. 39, 5 sed et condemnatus ex causa donationis, in actione iudicati non frustra desiderat, in quantum facere potest, conveniri. Vergl. fr. 41 §. 2 De re iud. 42, 1.

20) Pfeiffer Praktische Ausführungen Bd. I. S. 10 ff.

So wie zur Uebertragung des Eigenthums beim Kaufe die Tradition nicht genügt, sondern die Zahlung des Kaufpreises hinzuteten muß, so genügt zum Eigenthumserwerbe am desertus ager nicht die bloße Occupation, sondern es muß die zwei Jahr hindurch fortgesetzte Zahlung der öffentlichen Abgaben hinzukommen[21]). Ein Creditiren dieser Abgaben von Seiten des Fiskus, ähnlich dem Credite von Seiten der Privaten beim Verkaufe, wird hier wohl nicht Statt gefunden haben.

Bei den Neuern finden wir überall die res, quarum commercium non est, oder wie die Neuern sie nennen, die res extra commercium, so allgemein erklärt, daß eben so gut res divini iuris als res humani iuris darunter begriffen werden. Aber in den Römischen Rechtsquellen findet sich keine einzige Stelle, in der eine res divini iuris zu den res, quarum commercium non est gezählt wird[22]). Ja! in fr. 6 pr. De contr. emt. 18, 1 sagt Celsus der Sohn: hominem liberum scientem te emere non posse, nec cuiuscunque rei, si scias alienationem non[23]) esse, ut

21) c. 8 C. de omni agro 11, 58. Nicht vom Eigenthume, sondern von der Emphyteusis will diese Verordnung verstehn *F. Ballhorn* Obss. ad leg. 8 C. de o. a. d. Goetting. 1803. 8.

22) Man vergl. die bei Brissonius de V. S. v. commercium angeführten Stellen, von denen aber fr. 83 §. 5 De V. O. 45, 1 nicht hingehört, und statt §. 1 I. de inut. stip. 3, 19; §. 21. eod. zu lesen ist.

23) Dieses non fehlt in der Florentina. *Iauchius* de negationibus p. 115 p. 300 ff. erklärt deshalb die Negation für überflüssig. Daß aber die Negation nothwendig sey, hat nicht blos Taurellius erkannt, sondern auch *Brencman*, welcher die Bemerkung macht, daß nach Worten, die sich mit der Silbe nem, wie hier alienationem endigen, öfters in der

sacra et religiosa loca, aut quorum **commercium non sit**, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius. Hier werden also ganz ausdrücklich die sacra et religiosa loca denen, quorum commercium non sit, entgegengestellt.

Von der Regel: solum sequitur aedificium oder solo cedit superficies, welche den bei Gelegenheit des Bauens auf fremden Grunde und Boden aufgestellten Regeln zum Grunde liegt, giebt es eine gewöhnliche übersehene Ausnahme. Wenn nemlich am Meeresstrande Jemand ein Gebäude errichtet, so wird es nicht eius, cuius solum est, also res nullius, oder communis omnium, sondern es bleibt, so lange es steht[24], Eigenthum des Bauenden[25]; und auch der Grund und Boden wird, so weit das Gebäude reicht, dem Bauenden

---

Florentina non weggefallen sei. Eine große Zahl von Manuskripten hat dem Sinne nach vollkommen richtig statt alienationem non esse, alienationem inhibitam, oder prohibitam oder interdictam esse.' Man vergl. die Note 90 zu dieser Stelle in der Göttinger Ausgabe, und *Schultingii* Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. III p. 404, 405.

24) fr. 14 §. 1 De adq. rer. dom. 41, 1. Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuius conditionis is locus sit: hoc est, utrum maneat eius, cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam recidit, perindeque publicus sit, ac si nunquam in eo aedificatum fuisset, quod propius est, ut existimari debeat. Vergl. fr. 45 pr. De usuc. 41, 3 und die Note 26.

25) fr. 50 De Adq. rer. dom. 41, 1 quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat; fr. 1 §. 18. De O. N. N. 39, 1 Quod si quis in mari vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit; fr. 14 pr. De A. R. D. 41, 1. Quod in litore quis aedificaverit, eius erit.

zum Eigenthum gehörig [26]). In diesem Falle wird daher das Gebäude als Hauptsache, der Boden als Nebensache betrachtet.

Daß die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche nicht bloß in Beziehung auf die Interdikte, die Usukapion und die Cautionen im Prozesse wichtig ist, zeigt sich aus Folgendem. Wenn eine Immobilie ihren Charakter verliert, und zu einer Mobilie dadurch wird, daß ein reißendes Gewässer einen Theil meines Ackers fortschwemmt, so wird hierdurch eine Veränderung des Eigenthums begründet, indem das fortgeschwemmte Land in Dessen Eigenthum kommt, an Dessen Gebiet es angespült wird [27]). Und zwar ist mein Verlust bleibend, eben so wie der Erwerb dieses Eigenthümers von Bestand ist. Wenn dagegen meine Mobilie in solche nahe Verbindung mit der Immobilie eines andern geräth, daß sie z. B. in sein Haus eingebaut wird, so geht das Recht meines Eigenthums gar nicht verloren, sondern nur die Ausübung desselben wird vorübergehend gehemmt; und zwar hängt die

---

26) fr. 5 §. 1 De div. rer. 1, 8 In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, qua se recipiant, (fr. 6. eod.) in tantum, ut et soli domini constituantur qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet. *Smallenburg* in *Schultingii* Notae ad Digesta T. I. p. 153 bemerkt noch ausdrücklich, weil es Haloander übersehn zu haben scheint: Soli est Genitivus a Nominativo solum.

27) Entweder gleich, bei der alluvio im engern Sinne; oder nach einer Zeit, bis die Pflanzen hinüber und herüber gewuchert sind, bei der sogenannten avulsio.

Dauer dieses interimistischen Zustandes von der Dauer jenes Gebäudes ab[28]).

Dazu, daß der Fruktuar und der Proprietar zusammen keine Servitut errichten können, haben wir ein Seitenstück am Vater und seinem Haussohne, indem auch diese beiden Personen zusammen, im Verhältnisse des profectitii peculii und der materna und materni generis bona des Haussohnes Proprietar und Fruktuar, nicht im Stande sind, ein Testament zu machen.

Unterholzner sucht den im fr. 2 De usufr. leg. 33, 2[29]) geschilderten Uebergang der operae auf die Erben des zu denselben Berechtigten der gewöhnlichen Ansicht gemäß aus dem eigenthümlichen Grunde zu rechtfertigen, weil das Recht auf einzelne Dienstage dem Eigenthümer des Sklaven Vortheile genug übrig lasse, und daher der Grund wegfalle, aus welchem man bei den übrigen persönlichen Servituten es für unstatthaft hielt, daß ihnen eine über die Lebenszeit des Berechtigten hinausreichende Dauer gegeben würde[30]). Wir glauben

---

28) fr. 7 §. 10 De A. R. D. 41, 1 . . . Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest . . . Ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare.

29) Hominis operae legatae capitis diminutione vel non utendo non amittuntur . . . . Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit: sed servo usucapto legatum perit.

30) Allgemeine Verjährungslehre Bd. II. S. 216.

durch unsere an einem andern Orte[31]) gegebene Interpretation dieser Stelle die gewöhnliche Meinung verdrängt und nachgewiesen zu haben, daß hier nicht von einem Uebergange der erworbenen operae auf die Erben, sondern nur von einem Beginne des Rechts in der Person der Erben des mit dem Legate der operae Bedachten die Rede sei, und glauben, wenn diese unsere Erklärung richtig ist, auch die letzten Worte des Fragmentes in einem viel beschränktern Sinne als die gewöhnliche Meinung[32]), und Unterholzner[33]) mit derselben, sie nimmt, erklären zu müssen. Es heißt nemlich nicht: servo usucapto operae pereunt, sondern legatum perit. Dieß kann, zusammengehalten mit den unmittelbar vorhergehenden Worten, nur die Bedeutung haben: wenn der Sklave, dessen operae mir legirt sind, bevor ich das Legat erwerbe, von Jemandem, der nicht der Erbe des Erblassers ist, usukapirt ist, so kann ich das operarum legatum nicht einfordern, legatum perit[34]). Daraus folgt aber keinesweges die Richtigkeit

---

31) v. Buchholtz Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen Röm. Rechts. S. 172 ff.

32) z. B. *Chesius* de differentiis iuris cap. 41 in der Iurisprudentia Rom. et Att. T. II. p. 743.

33) a. a. O. S. 217.

34) Es kann zweifelhaft sein, ob diese Bestimmung Eigenthümlichkeit der operae legatae sey, oder ob sich im Allgemeinen sagen läßt, daß, wenn der Erblasser die legirte Sache von einem Dritten usukapiren ließ, darin ein stillschweigender Widerruf des Legates liege. Für diese letztere Ansicht spricht, daß in der zugelassenen Usucapion eine Veräußerung der Sache liegt, fr. 16 De fundo dotali 23, 5, und die Veräußerung der legirten Sache von Seiten des Testators eine so kräftige Aufhebung des Legates mit sich führt, daß selbst ein später erfolgender Erwerb der Sache

der gewöhnlichen Behauptung [35]), daß eine bereits erworbene operarum servitus, sobald das Eigenthum des Sklaven von einem Andern als dem Erben usukapirt ist, verloren werde. Vielmehr werden wir den Satz, daß eine durch Verjährung bewirkte Veränderung des Eigenthums die auf einer Sache haftenden iura in re aliena nicht beeinträchtige [36]), auch auf die operae anwenden können. Zwar will Cujacius [37]) einen Grund dafür aufgefunden haben, daß gerade die operarum servitus durch usucapio verloren gehe. Er meint, der Usus-fruktus bestehe in Handlungen des Fruktuar, dagegen die operae in Handlungen des Sklaven, weshalb die Usukapion des servus auch die Berechtigung zu dessen Handlungen für den Usukapienten mit sich führt. Allein wenn der Ususfruktus an einem Sklaven besteht, so wird man ja auch sagen müssen: in facto hominis, sc. servi, ususfructus consistit.

---

von Seiten des Testators das Legat nicht wieder giltig macht, fr. 15 De adim. leg. 34, 4. Vergl. *Crell* quomodo legatum nuda voluntate adimatur in seinen Diss. et Progr. Fascic. VI. Diss. 51 p. 1080 ff.

7) Glück Pandekten Th 6 S. 429; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 291; Mackeldey Lehrbuch §. 285.

8) fr. 17 §. 2 De usufr. 7; 1; fr. 44 §. 5 De usurp. 41, 3; Donell Commentarii lib. V cap. 29; Unterholzner a. a. O. Bd. II S. 192.

9) Obss. lib. 19 cap. 3. Ganz mit Recht behauptet er hier, daß durch eine testamentarische Bestimmung dem durch Usukapion gewordenen Eigenthümer des Sklaven nicht dessen operae entzogen werden können. Denn man kann die testamentarische Bestimmung erst in dem Momente für wirksam ansehn, als der Testator gestorben, und die Erbschaft aus ssen Testamente angetreten ist.

Folgendes ist eine kurze Uebersicht der Unterschiede zwischen urbanorum und rusticorum praediorum servitutes. Die Objekte Dieser sind unbebaute, Jener bebaute Grundstücke; daher ist die Wiederherstellung des Objekts einer urbana servitus leicht möglich, die Wiederherstellung des Objekts einer rustica servitus fast unmöglich. Jene sind meist negativ, diese meist affirmativ. Zum Verluste Jener genügte der Nichtgebrauch von Seiten ihres bisherigen Innehabers, bei Diesen mußte auch noch im Justinianeischen Rechte die libertatis usucapio des neuen Erwerbers hinzutreten[38]). Jene konnten nicht, wohl aber konnten Diese verpfändet werden. Endlich waren Jene res mancipi, Diese nec mancipi, Was für ihre Erwerbung und die Art des Rechtes an denselben nach älterm Rechte von bedeutendem Einflusse war.

Seit Vinnius[39]) pflegen die Neuern[40]) folgende Stellen fr. 8 §. I De condictione furtiva 13, 1, fr. 3 De condictione triticiaria 13, 3 und fr. 3 §. 3 De actionibus emti 19, 1 so zu interpretiren, daß sie diese Regel enthalten sollen: bei der solvendi mora werde die zu leistende Sache nach dem höchsten Werthe geschätzt, den sie zwischen dem Anfange der mora und dem Zeitpunkte hatte, auf dem man außerdem

38) Vergl. v. Buchholz Versuche S. 195 ff.

39) Selectae Quaestiones lib. I. cap. 39.

40) Thibaut Pandekten §. 103 Note i; Glück Commentar Bd. 13 S. 290; Höpfner Commentar achte Ausg. §. 760 № 4; Wening Lehrbuch §. 242 Note z: Bucher das Recht der Forderungen §. 48 S. 182. So auch Wehrn Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni. Lips. 1795. 8. cap. VI. §. 70 p. 445 ff.

Rücksicht nehmen müsse. Dieser Zeitpunkt ist bei stricti iuris actiones der Zeitpunkt der litis contestatio, bei bonae fidei actiones der Zeitpunkt der Condemnation, so daß also von diesen Juristen der ganze Zeitraum vom Anfange der mora bis zur litis contestatio oder der condemnatio, als zur Auswahl des Creditor stehend, angenommen wird. Derjenige Moment dieses Zeitraumes, in welchem die zu leistende Sache am meisten gegolten hat, der sollte berücksichtigt werden. Allein der richtigern Ansicht nach verhält es sich anders, und das Gesagte gilt nur vom Diebe. Nur von Diesem spricht fr. 8 §. 1 cit.[41]). Außerdem soll nicht auf den ganzen Zeitraum gesehen werden zwischen dem Anfange der mora und dem Momente, der sonst berücksichtigt werden würde, sondern auf die zwei Punkte nur, den Moment des Anfanges der mora und den Moment der litis contestatio oder condemnatio[42]). Dieß sagt fr. 3 §. 3 D. cit.[42a]). Hiezu kommen

---

41) Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur; semper enim moram fur facere videtur. Vergl. *Chesius* Diff. iur. cap. 50 §. 2 in der Iurispr. Rom. et Att. T. II p. 780, zu dieser und der in der Note 42 zuerst angeführten Stelle.

42) Diese richtige Ansicht hat *Warnkoenig* Comm. iuris lib. III cap. 3 T. II p. 127 utro tempore pluris fuerit, vel quo promittebatur, vel lite contestata, vel quo lis in condemnationem deducitur.

42a) Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur: item quo loco

aber noch andere Stellen, nemlich vorzüglich noch fr. 21 §. 3 De A. E. 19, 1 wo bei einer mora [des Verkäufers im Abliefern von Wein oder Getreide nicht darauf gesehen wird, ob irgend einmal im Laufe der mora der Wein oder das Getreide einen höhern Preis gehabt habe, sondern nur: si vinum **hodie** pluris sit. Wenn daher der säumige Verkäufer die verkaufte Sache nicht mehr tradiren kann, so braucht er, wenn die Sache nicht noch jetzt, im Augenblicke der Condemnation, im höhern Preise steht, weiter nichts als den Kaufpreis (mit Zinsen) zu restituiren[43]. Ist aber der Preis der Sache noch jetzt höher, so muß der Verkäufer nicht nur den Kaufschilling, sondern auch den Werthsüberschuß über denselben

---

pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur. Das fr. 3 De cond. tritic. 13, 3 (In hac actione si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed *ἐν πλάτει*, secundum Celsum, erit spectandum: non enim debet novissimum vitae tempus aestimari; ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro vicesimo, habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit. Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus morae [sc. coeptae. Natürlich kann diese Bestimmung nur gelten, wo eine species, eine certa res den Gegenstand der Obligation ausmacht. Vergl. *Donellus* Comm. XVI, 3 und fr. 22 De reb. cred. 12, 1] in his erit reducenda aestimatio) sagt nur, wenn vor der Verurtheilung die Sache zu Grunde gegangen, so müsse dieser Zeitpunkt berücksichtigt werden.

43) Ganz dasselbe wird durch fr. 19 De peric. et commodo 18, 6 bewiesen. Vergl. Cujacius Recitt. in lib. 33 Pauli ad Edictum zum fr. 21 §. cum per venditorem in Opp. post. T. II p. 546.

ersetzen[44]. Was aber von der furtiva condictio gesagt ist, gilt auch von der rerum amotarum actio[45].

Wir lesen nicht selten[46] den Mieth- und Pacht-Contract als einen Vertrag erklärt, wodurch Jemand den Gebrauch seiner Sachen für einen bestimmten Preis einem Andern überläßt. Es ist aber nicht zu leugnen, daß auch fremde Sachen giltig verpachtet und vermiethet werden dürfen. Diese Berechtigung steht nemlich dem Fruktuar[47], dem Pfandgläuger[48], dem Miether selbst[49] zu, und daß jenes Requisit gewiß unzuläßig ist, geht daraus hervor, daß der Eigenthümer selbst seine eigene Sache miethen kann[50]. Darum ist statt seiner Sache in die Definition ganz im Allgemeinen einer Sache zu stellen, und der Zusatz hinzuzufügen: geschützt durch eine persönliche Klage, um dadurch das Unterscheidende der Miethe vom usus hervorzuheben.

---

44) Vergl. Reinhardt Vermischte Aufsätze Heft I. Neunzehnter Aufsatz Stuttgard 1822. 8. S. 170.

45) fr. 29 De actione rer. amot. 25, 2. Rerum amotarum aestimatio ad tempus, quo amotae sunt, referri debet .... si pluris factae non restituuntur quae amotae sunt, crescit aestimatio, ut in condictione furtivae rei. Vergl. *Schultingii* Notae ad Digesta ed. Smallenburg T. IV. p. 368.

46) z. B. bei Thibaut Pandekten §. 859; bei Mackeldey Lehrbuch §. 374.

47) fr. 12 §. 2. De usufr. 7, 1.

48) fr. 23 pr. De pignor. 20, 1.

49) c. 6 C. de locato. 4, 65.

50) fr. 35 §. 1 D. locati 19, 2.

Auch das Precarium finden wir öfters [51]) als einen Vertrag erklärt, »wodurch Einer dem Andern auf dessen Bitten den Gebrauch seiner Sache bis auf Widerruf unentgeldlich gestattet.« Allein gerade von diesem Rechtsverhältnisse wird ausdrücklich in fr. 6 §. 4 De precario 43, 26 [52]) bemerkt, daß der Eigenthümer sich häufig seine eigene Sache als precarium vom Pfandgläubiger erbitte, also hier gewiß eine fremde Sache von dem precario dans eingeräumt wird. Daher ist hier das Epitheton seiner Sache zu verwerfen. — Die Ursache, daß der Empfänger des Precarii nur für dolus einstehen darf, ist vielleicht theils darin zu suchen, daß er keinen Augenblick vor der Abforderung der Sache sicher ist; *theils* hauptsächlich darin, daß gerade die Eigenthümer der Sachen es am häufigsten waren, welche bittweise vom Pfandinnehaber den Besitz ihrer Sachen erhalten hatten, und daher, schon ohne ausdrückliche Verpflichtung dazu, ihr Eigenthum schonten, außerdem aber durch die Pfandklage bereits zur Prästation der culpa verpflichtet waren.

Es ist bekannt, daß die freiwillige Sequestration immer von Zweien ausgehen muß [53]), während das Depositum von

---

51) z. B. bei Mackeldey Lehrbuch Neunte Ausgabe §. 430.

52) Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit, et precario rogaverit: an hoc interdictum locum habeat; quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit? Mihi videtur verius, precarium consistere in pignore: cum possessionis rogetur, non proprietatis; et est haec sententia etiam utilissima; quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt: et debet consistere precarium.

53) fr. 6 Depositi 16, 3. Proprie autem in sequestro (So lesen

Einem allein bestellt werden kann. Ein gleiches Verhältniß findet zwischen dem sogenannten arbitrii receptum und dem Mandate Statt. Das receptum ist ein Mandat, setzt aber, wie die Sequestration, als wesentlich voraus, daß nicht bloß ein einziger Vollmachtsgeber da ist, sondern daß beide Partheien als Vollmachtsgeber auftreten[54]).

Die Regel, daß mehrere Schiffer oder Gastwirthe, die zusammen dasselbe Geschäft betreiben, nach Verhältniß ihres Antheiles an dem Schiffe oder der Wirthschaft haften, wenn ihre Leute Sachen der Passagiere oder der Reisenden beschädigt haben, leidet im Römischen Rechte keine Ausnahme. Doch wollen einige Neuere[55]) eine solche in dem Falle finden, daß diese mehreren Schiffer oder Wirthe »juristisch als Eine Person anzusehen wären, wo sie in solidum haften.« Den Beweis soll fr. 7 §. 5 und 6 D. nautae, caupones 4, 9 liefern. Lesen wir nur die Worte daraus, welche Bucher hat abdrucken lassen: §. 5 Si plures navem exerceant, unusquisque pro parte, qua navem exercet, convenitur. §. 6 . . . Sed (si) cum voluntate patris vel domini,

---

Gronovius zu des Tacitus Annales lib. III. cap. 11 und *Cuiacius* Recitt. in lib. II. Pauli ad Edictum zu dieser Stelle in Opp. post. T. II. p. 26) est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur; fr. 17 pr. D. eod. apud sequestrem nonnisi plures deponere possunt.

54) Vergl. *Muehlenbruch* Doctrina Pandectarum T. II. §. 435. nota 6; und fr. 11. De receptis 4, 8.

55) Mackeldey Lehrbuch §. 473 a. E.; Bucher das Recht der Forderungen §. 152. S. 500. Note 5.

servus vel filius exercent navem, vel cauponam vel stabulum, puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint, so gewinnt diese Meinung einige Wahrscheinlichkeit für sich. Setzt man aber den vor den Worten: Sed (si) cum ausgelassenen Satz an seine Stelle: Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt, in heredem autem non dabuntur. Proinde et, si servus navem exercuit, et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum, nec intra annum. Sed (si) cum u. s. w., so erkennt man sehr leicht, Was der Jurist mit den Worten in solidum gemeint hat. Solidum heißt das Ganze, und wird hier dem Abzuge entgegengesetzt, welchen sich die Gläubiger gefallen lassen müssen, wenn das peculium des Schuldners zur vollen Befriedigung seiner Gläubiger nicht ausreicht. So findet sich nämlich der Ausdruck im Gegensatze des peculiotenus nicht bloß in diesem Fragmente gebraucht[56]). Doch könnte man gegen diese Behauptung einwenden: möglicher Weise dürfte hier in solidum so sich erklären lassen, aber die andere, gewöhnliche Erklärung sei darum noch nicht ausgeschlossen. Jedoch die Unmöglichkeit, daß hier in solidum dem pro parte entgegengesetzt werde, geht auf das Deutlichste daraus hervor, daß in dem hier angegebenen §. 6 es in der einfachen Zahl heißt: sed si cum voluntate patris vel

---

56) fr. 3. §. 4 De minor. 4, 4; pr. I. quod cum eo. 4, 7. Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum familias, servorumque agitur . . . §. 1 Si igitur iussu domini cum servo negotium gestum erit: in solidum Praetor adversus dominum actionem pollicetur. Vergl. Hugo Civilistisches Magazin Bd. IV. S. 251 Note **.

domini servus vel filius exercent, also gar nicht von mehreren Schiffsherren oder Gastwirthen die Rede ist.

Daher ist auch die Erklärung dieser Stelle zu verwerfen, nach welcher folgender Sinn hinein interpretirt wird: wenn Mehrere ihre Geschäfte durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten treiben, so haften sie in solidum [57]).

Wenn ein Sohn in der Gewalt oder ein Sklav auf Befehl seines Vaters oder seines Herrn ein Geschäft mit einem Dritten geschlossen hatte, so konnte der Vater oder der Herr mit der quod iussu actio in solidum belangt werden. Dasselbe aber galt höchst wahrscheinlich auch dann, wenn der Sohn oder der Sklav auf Befehl des Vaters oder seines Herrn dem Dritten irgend einen Schaden zugefügt hatte. Auch dann mußte der Vater oder der Herr das solidum zahlen. Ueberall aber, wo ohne Befehl ein Delikt vollführt war, stand das Recht der noxae deditio zu. Daß aber auch das Recht der noxae deditio ursprünglich galt, wenn Sohn oder Sklav einen Vertrag ohne ihrer Vorgesetzten Willen eingegangen hatten, und sie denselben nicht ratihabiren wollten, läßt sich analog aus dem Römischen Staatsrechte schließen. Auch dem Staate stand über seine Bürger ein imperium zu, wie dem Vater über den Sohn in seiner Gewalt, und diesen Einfluß des imperii des Staates finden wir in der genannten Beziehung, soviel wir aus der Geschichte des Römischen Staates wissen, dreimal angewendet. Einmal erkannte der Römische

57) Eine solche Erklärung unserer Stelle geben z. B. Thibaut Pandekten §. 912 Note a und Valett Pandekten §. 711 Note 88; auch wohl Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 630.

Senat den mit den Samnitern geschlossenen schimpflichen Frieden nicht an, und gab deswegen die Consuln T. Veturius und Spurius Postumius, die ihn geschlossen hatten, den Samnitern hin. Ausdrücklich erwähnen es Cicero[58]) und Livius[59]), daß jener Friede iniussu populi geschlossen sei. Gleiches geschah sehr bald darauf den Volkstribunen T. Numicius und Q. Maelius, weil auch sie einen für den Römischen Staat nachtheiligen Frieden mit den Samnitern eingegangen waren[60]). Am bekanntesten endlich ist die deditio des C. Mancinus wegen seines mit den Numantinern abgeschlossenen Vertrages[61]).

Die bereits von Donellus[62]) aufgestellte Ansicht, daß durch die erlöschende Verjährung nicht bloß die Klage, sondern das ganze obligatorische Recht vernichtet werde, scheint immer mehr Anhänger zu gewinnen. Der Hauptanstoß ist nur noch die c. 2 C. de luitione pignoris 8, 31[62a]). Ganz gewiß ist aber diese Stelle gar nicht von der Klagenverjährung[63]) zu

58) de officiis 3, 30.

59) 9, 8. quando iniussu populi facta est pax, non tenetur populus Romanus; In lib. 9. cap. 10 sind die Feierlichkeiten der noxae deditio genau beschrieben.

60) Cicero a. a. O.

61) Florus 2, 18; Velleius Paterculus 2, 1 und Cicero a. a. O.

62) Commentarii iuris civilis lib. XVI cap. 12.

62a) Gordianus Domitio. Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota. P. P. kal. iun. Sabino et Venusto Conss. 241.

63) Cujacius in seinen Recitt. in lib. 8 tit. 30 Codicis versteht un=

verstehen, welche damals, als dieß Reskript erlassen wurde, noch gar nicht existirte, sondern von einer solchen gegen die Hauptklage vorgeschützten Exception, welche, wie z. B. die Macedoniani Senatusconsulti exceptio [64]), nur den civilen, nicht den naturalen Bestandtheil der Klage vernichtete [65]).

Größern Beifall möchte aber wohl folgende Erklärung verdienen. Jede Schuldklage erlischt, sobald Gläubiger und Schuldner in eine Person zusammenfallen. Beerbt daher ein Gläubiger, dem zur Sicherung seiner Forderung vom Schuldner ein Pfand bestellt ist, diesen seinen Schuldner als Universalerbe [66]), so ist allerdings die persönliche Schuldklage ganz vernichtet, und außerdem erlangt der Gläubiger als Erbe seines Schuldners auch das Eigenthum an der ihm verpfändeten Sache. Sind nun aber der Pfandgläubiger an derselben Sache Mehrere, so daß dem Erben, als jüngerm Pfandgläubiger, es von Interesse sein kann, auch sein bisheriges Pfandrecht geltend zu machen, so soll das Pfandrecht auch trotz Dem, daß dasselbe nun an eigener Sache bestehen würde, wenigstens in Bezug

---

sere Stelle selbst auch nicht von der Klagenverjährung; nur erklärt er die Ansicht von Accursius, der sie davon verstand, nicht für falsch.

64) Vergl. Averanii Interprett. lib. II cap. 12 §. 17 ff.

65) Die Verbindung der Worte exceptione submoveri ist eine außerordentlich häufige, und kommt auch in ausdrücklicher Beziehung auf die Macedoniani SCti exceptio vor. Vergl. fr. 7 §. 8 De SCto Maced. 14, 6.

66) *Cuiacius* Obss. V, 32 nahm mehrere Erben des Schuldners an, von denen der Eine den ihm obliegenden Theil der Schuld abgetragen hatte, und meinte, der Kaiser spräche davon, daß gegen diesen einen Erben nun die persönliche Klage weggefallen sey.

auf die übrigen Pfandgläubiger fortdauern[67]), vincula pignoris durare[68]).

Wenn Donell[69]) die Legitimation durch einen Akt erklärt, durch welchen uneheliche Kinder die sämmtlichen Familienrechte der ehelichen erhalten, also den Letztern rücksichtlich der väterlichen Gewalt und des Erbrechtes gleichgestellt werden, so ist diese Erklärung vollkommen richtig, indem er die sogenannte per testamentum legitimatio von diesem Begriffe ausdrücklich ausschließt. Ohne diese Species der Legitimation aber auszunehmen, oder die auf solche Weise Legitimirten etwa, wenn auch unpassend, für postumi zu erklären, wird auch von den Neuern[70]) jene Definition gerade so gegeben. Wer

---

67) Man vergl. Wening Ingenheim im Archiv für die civilistische Praxis Bd. VI S. 134 ff.; Francke civilistische Abhandlungen S. 107 ff; Mühlenbruch Doctrina Pandectarum §. 305 Note 11.

68) Die so verpfändete Sache ist nun in retentione, nicht in petitione für den Erben. *Cuiacii* Obss. XVIII, 10. Auf diese Weise ist es nicht nöthig, wie Donellus a. a. O. lib. 16 cap. 26 vorgeschlagen hat, vor durare die Partikel non hinzustellen, indem durch den Ausdruck intelligis eine allgemein bekannte Sache angedeutet werde, was nur zutreffe, wenn man die Negation hinzunehme. Denn auch nach unserer Interpretation ist in dem Reskripte durchaus kein neuer Rechtssatz ausgesprochen.

69) Commentarii de iure civili II, 21.

70) So wie im Texte geben die Erklärung *I. H. Boehmer* Ius Eccl. Prot. lib. IV tit. 17 §. 26; Glück Commentar Bd. II S. 282; v. Wening Lehrbuch Bd. III §. 398; Mackeldey heutiges Römisches Recht §. 554; Seuffert Pandekten §. 478, 479; Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 171; *Warnkoenig* Commentarii lib. IV cap. 2 §. 908 T. III p. 132.

sieht aber nicht, daß um auch die per testamentum legitimatio dem Begriffe subsumiren zu können, man die nähere Angabe in der Definition: in Beziehung auf väterliche Gewalt, fortlassen muß [71]).

Ganz unbestritten [72]) und mit Recht wird die Legitimation [73]) zu den Fällen der minima capitis diminutio gezählt. Aber es scheint nicht, daß dieser Umstand auf die gewöhnliche Erklärung und Behandlung derselben nach Justinianeischem Rechte eingewirkt hat. Gewöhnlich setzt man das Wesen der capitis diminutio nach dem neuesten Römischen Rechte darin, daß der capite minutus die familiae iura in derjenigen Familie verliert, welcher er bis dahin angehörte [74]), daß man also nicht mehr zu der Familie gehört, zu welcher man bisher gehörte [75]). Jedoch von dem naturalis filius kann man nicht gut sagen: er gehört zu einer familia, da er selbst noch princeps und finis familiae ist. Eben so läßt sich ja der Fall denken, daß ein etwa funfzigjähriger Großvater, dessen Söhne und deren Kinder sich in seiner Gewalt befinden, außerdem gar keine Agnaten mehr hat. Läßt er sich

---

71) Ganz richtig giebt daher die Erklärung *Iordens* de legitimatione cap. IV §. 1 in Fellenberg Iurisprud. antiqua T. II p. 350: actus civilis, quo liberi naturales iura legitimorum in totum vel pro parte consequuntur.

72) Nur Mackeldey in seinem Lehrbuche §. 121 Note d ist zweifelhaft.

73) Versteht sich mit Ausnahme der durch Testament bewerkstelligten, die auch Donell Commentarii II, 21 a. E. nicht für eine Legitimation gelten lassen will.

74) Mackeldey a. a. O. §. 121 a. E.

75) Mackeldey a. a. O. Note c.

nun von einem Greise arrogiren, so hört er weder selbst, noch hören seine Söhne und Enkel auf, zu der Familie, dem Complex dieser Agnaten, den sie bisher bildeten, zu gehören; sondern sie erwerben nur neue Agnaten durch den pater arrogator und dessen familia hinzu. Und doch heißt es von ihnen: familiam mutant. Richtiger möchten daher die Wirkungen der minima capitis minutio so auszudrücken sein, daß der capite minutus nicht mehr, oder wenigstens nicht mehr bloß zu der familia gehört, welche er entweder allein bisher bildete, oder zu welcher er bisher als Haupt oder Glied gehörte.

Zahlreich sind die Klagen über die Schwierigkeiten, welche die Art der Vertheilung der Erbschaft mit sich führt, im Falle daß der Erblasser ohne Testament verstorben ist. Die Schwierigkeit scheint nur darin zu liegen, daß man, nach der jetzt gewöhnlichen Sonderung der Intestaterben in vier Klassen, in jeder Klasse besonders von der Art der Vertheilung handelt. Leichter zu behalten scheint folgende Uebersicht, wobei jedoch ebenfalls die Eintheilung der Intestaterben in vier Klassen vorausgesetzt wird.

Die Succession nach Köpfen macht die Regel in allen vier Klassen aus, eine Regel, die, stets in der vierten Klasse angewendet, in den ersten drei Klassen vier Ausnahmen leidet. Diese Ausnahmen lassen sich am leichtesten so übersehen, daß im ersten Falle die regelmäßige Succession nach Köpfen neben der nach Stämmen vorkommt, in den drei andern Fällen aber die regelmäßige Vertheilung ganz ausgeschlossen wird, einmal durch die Succession nach Linien, die andern beiden Male

durch die Succession in stirpes. Die einzelnen Ausnahmen sind namentlich folgende.

Die erste Ausnahme, wo bei der Concurrenz mehrerer gleichmäßig Berechtigter Einige zwar in Kopftheile, Andere aber nach Stämmen succediren, findet sich nur in der zweiten Klasse. Wenn nemlich Ascendenten, vollbürtige Geschwister und Söhne oder Töchter vollbürtiger Geschwister vorhanden sind, so bekommen diese Geschwister, so wie die Ascendenten, zwar Kopftheile; allein die Söhne und Töchter der verstorbenen vollbürtigen Geschwister nur Stammportionen [76]), weil sie ihren verstorbenen Vater oder ihre verstorbene Mutter repräsentiren.

Der zweite Ausnahmsfall, in welchem bei der Concurrenz mehrerer Gleichberechtigter nur nach Linien succedirt wird, tritt ebenfalls in der zweiten Klasse in dem Falle ein, daß gleich nahe Ascendenten von mütterlicher und von väterlicher Seite mit einander concurriren.

Die dritte Ausnahme, wo bei der Concurrenz mehrerer gleichmäßig Berechtigter nur nach Stämmen succedirt wird, leidet Anwendung in der ersten, zweiten und dritten Klasse. In der ersten wird nach Stämmen getheilt in allen Fällen, wo nicht ganz allein nur Söhne und Töchter des Verstorbenen concurriren; ja selbst dann, wenn alle Erben Descendenten desselben Sohnes oder derselben Tochter sind. In der zweiten

---

76) Dasselbe soll nach der Praxis in dem Falle gelten, daß neben den Söhnen oder Töchtern vollbürtiger Geschwister Ascendenten allein concurriren. Denn nach einer strengen Interpretation der sog. Novelle 127 sind in diesem Falle die Söhne und Töchter verstorbener Geschwister nicht zur Erbschaft gerufen. Vergl. Mackeldey Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts §. 624 Note c; *Warnkoenig* Commentarii lib. V cap. 3 §. 1018 T. III p. 352 Note 2.

und dritten Klasse theilen nach Stämmen die Söhne und Töchter verstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister des Erblassers neben noch lebenden vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern desselben[77]).

Auf solche Weise erscheint die Uebersicht um Vieles mehr erleichtert, als in den gangbaren Compendien, indem diese, allein bei der zweiten Klasse, fünf[78]), sechs[79]), sieben[80]), acht[81]), oder gar neun[82]) Fälle erwähnen, und bei der ersten und dritten Klasse wenigstens[83]) je zwei Fälle anführen müssen, während wir für alle Klassen mit einer Hauptregel und vier Ausnahmen hinreichen, von denen eine sich nur auf die erste bezieht, zwei eigenthümlich der zweiten sind, und eine der zweiten und dritten Klasse gemeinschaftlich ist.

---

77) Die hier in der dritten Klasse neben einander zur Erbschaft gerufenen Geschwister und Geschwisterkinder des Verstorbenen stehn aber nicht nothwendig im Verhältnisse von Oheimen und Neffen zu einander. Denn der Sohn des halbbürtigen Bruders von der Mutter (oder vom Vater) her kommt zugleich mit dem halbbürtigen Bruder des Verstorbenen vom Vater (oder von der Mutter) her zur Succession, und Beide sind sich gegeneinander vollkommen fremd. Vergl. Hugo Beiträge zur civilistischen Bücherkenntniß Bd. II Berlin 1829. 8. S. 295.

78) Z. B. Thibaut Pandekten §. 686; Konopak Institutionen §. 408; Zachariä Institutionen. Breslau 1816. S. 666.

79) Z. B. Valett Pandekten §. 943.

80) Z. B. Seuffert Pandekten §. 558; Hartitzsch Römisches Privatrecht S. 415, 416.

81) Z. B. Mackeldey a. a. O. §. 624.

82) Z. B. Höpfner Commentar §. 696.

83) Bei Mackeldey a. a. O. §. 625 sind in der dritten Klasse drei Fälle aufgestellt.

Die Bemerkung, welche wir häufig [84]) ausgesprochen finden, daß ein Soldat, welcher incertus de statu suo sey, oder der daran zweifle, daß er die Testamentsfähigkeit habe, dennoch giltig testiren könne, ist sicher zu allgemein. Die Hauptstelle für das in dieser Beziehung geltende Privilegium der Soldaten ist ganz offenbar fr. 11 §. 1 De test. mil. 29, 1. Hier lesen wir Folgendes: Si miles incertus, an sui iuris sit, testamentum fecerit, in ea conditione est testamentum eius, ut valeat. Nam et si incertus, an pater suus vivat, testamentum fecerit, testamentum eius valebit. Die Ungewißheit also, in welcher sich der Soldat befinden darf, ob ihm das Recht zum Testiren zustehe oder nicht, bezieht sich nur auf die Ungewißheit über seinen sogenannten status familiae [85]). Das einzige Fragment, welches sich außerdem noch auf dieses Privilegium der Soldaten bezieht, spricht ebenfalls nur von dieser speciellen Ungewißheit, ob der Soldat sui iuris oder filiusfamilias sey. Dieß ist das fr.

---

84) z. B. bei *Ioannes Mercerius* Opinn. et Obss. lib. II cap. 21 in Otto's Thesaurus T. II. p. 1609; Höpfner Commentar §. 464; Thibaut Pandekten §. 306 Note g.; Geyert Grundzüge der Lehre von den Vermächtnissen Frankfurt 1829. 8. S. 36 Note 20. Hänel de testamento militari Diss. I. 1815 p. 37, 38 excerpirt bei dieser Gelegenheit nur die Worte der Quellen, wiewohl nicht vollständig und ohne weitere Bemerkungen; eben so *Warnkoenig* Comm. iuris lib. V. cap. 2. §. 993 T. III. p. 244.

85) *Brissonius* de V. S. v. status führt freilich den Ausdruck status libertatis in l. 27 C. de liberali caussa an; aber ohne eine Variante scheint in allen Ausgaben hier gelesen zu werden; statum veritatis mutare. Ueberhaupt hatte status wohl bei den Römischen Juristen keine technische Bedeutung, sondern war, wie conditio, ius oder causa, ein umschreibender Ausdruck.

9 De iure codicill. 29, 7, welches in Beziehung auf Codicille den Grundsatz ausspricht, daß, wenn ein Veteran bei der Errichtung seiner Codicille gezweifelt habe, ob er von der väterlichen Gewalt frei sey, oder nicht, doch seine Codicille volle Giltigkeit haben[86]). Die übrigen Stellen, welche wir noch hin und wieder für die oben genannte Bemerkung angeführt sehen, beziehen sich nur darauf, daß einem wegen militärischer Verbrechen verurtheilten Soldaten im Urtheile erlaubt werden könne, über seine castrensia bona[87]) ein militärisches[88]) Testament zu machen[89]), oder ein solches zu bestätigen[90]), worin denn auch die Befugniß liegen soll, ein Fideikommiß zu hinterlassen[91]), und eine mortis causa donatio zu errichten[92]). Auch selbst die beiden Aeußerungen der Quellen, daß nur eine minima capitis diminutio, nicht aber eine magna, das einmal angefertigte Testament eines Sol-

86) Aristo negavit, valere codicillos ab eo factos qui paterfamilias nec ne esset, ignorasset. Ulpianus notat: nisi veteranus fuit. Tunc enim et testamentum valebit.

87) c. 13 C. de test. mil. 6, 21.

88) fr. 11 pr. D. eod. 29, 1.

89) fr. 1 De veteranis 49, 18. Das fr. 2, welches zugleich fr. ult. dieses Titels ist, wird, da es nur auf Intestatsuccession geht, unnütz bei Hänel a. a. O. Note ff angeführt. Bei Thibaut a. a. O. Note f. steht statt fr. 2. fr. 11; welcher Druckfehler in das Lehrbuch von Wening Ingenheim Band V. §. 124 Note g als gedruckter Fehler übergegangen ist.

90) fr. 6 §. 6 De iniusto 28, 3.

91) fr. 22 §. 1 De legatis III.

92) fr. 32 §. 8 De donat. inter virum 24, 1.

daten giltig bestehen lasse[93]), und daß auch von einem Erben, wenn er de sua conditione dubitet, an sui iuris sit[94]), gesagt werde, er könne giltig eine Erbschaft antreten, sprechen deutlich für das hier Gesagte.

Nachtrag zur ersten Abhandlung. Hinter Note 70 ist im Texte Folgendes ausgelassen: »Für den Besitzer im guten Glauben, der mit der Eigenthumsklage belangt und besiegt wird, gelten so vortheilhafte Prinzipien nicht. Denn hier hängt es bei den vorhandenen nützlichen und angenehmen Verwendungen von der Willkühr des Klägers ab, ihm die nützlichen Verwendungen zu erstatten, oder die Erlaubniß zu geben, das Vorhandene fortzunehmen.« Zu diesen Worten gehört die hier folgende Note 70[a]), auf welche in Note 73 verwiesen ist: „fr. 27 §. 5 De rei vind. 6, 1. In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumtus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam, non redditis sumtibus. Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit, et damnatus praestitit pecuniam; aut in area, quae fuit petitoris, per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati, tollere eum aedificium. Man vrgl. die folgende Note und Cuiacius Obss. X, 1, welcher sehr richtig bemerkt, daß bei der vindicatio der bonae und

93) fr. 22 De test. mil. 29, 1; §. 5 I. eod. 2. 11; fr. 6 §. 13 De iniusto 28, 3. Diese Regel gilt aber nicht mehr für Veteranen fr. 23 De test. mil. 29, 1.

94) fr. 34 pr. De adq. her. 29, 2.

malae fidei possessor, in dieser Beziehung sich so gut wie gleich stehen.« — Zu Note 80: »Roßhirt hat aber hierin schon Vorgänger unter den Glossatoren gehabt, deren Einige die hereditatis petitio für eine personalis, Andere für eine in personam und in rem mixta actio ansahen. **Rogerius Beneventanus** de dissensionibus dominorum ed. Haubold. № 4 p. 2 und 3.« — Zu Note 93: »Schon unter den Glossatoren war dieser Gegenstand streitig. Bulgarus hatte Schrader's Ansicht, Martinus die entgegengesetzte. **Rogerius Beneventanus** a. a. O. № 68 p. 26«.

Königsberg, gedruckt in der Paschkeschen Buchdruckerei.



